Die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im internationalen Privatrecht

Rolf Hagenguth

1981

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547022_0059

Die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im internationalen Privatrecht

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Rolf Hagenguth
aus Köln

München 1981

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Prof.Dr.Erik J a y m e , LL.M.
Korreferent: Prof.Dr.Werner L o r e n z
Tag der mündlichen Prüfung: 15.Juli 1981

Inhaltsübersicht

I

Inhaltsverzeichnis III
Literaturverzeichnis IX
Abkürzungsverzeichnis XXI

1. TEIL Einleitung 1

2. TEIL Ideengeschichte des Kollisionsrechts im 19. und 20. Jahrhundert 8

I. Entwicklung des Kaufmannsbegriffs und Entstehung des Anknüpfungsproblems 10

II. Die grundlegenden Dogmen des IPR 35

III. Die grundlegenden Schulen des modernen IPR 43

IV. Kollisionsrechtssysteme und Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft 52

3. TEIL Hauptteil 95

I. Untersuchung des deutschen Kollisionsrechts 95

1. Quellen des deutschen Kollisionsrechts 95

2. Abgrenzung der Kaufmannseigenschaft zu vergleichbaren Rechtsinstituten 95

3. Versteckte Kollisionsnormen 113

4. Staatsverträge 120

II. Kollisionsrechtliche Methoden 124

1. Qualifikation 124

2. Teilfragen 127

III. Anknüpfungsalternativen 130

1. Territoriale Anknüpfungen 132

2. Personale Anknüpfungen 153

3. Unselbständige Anknüpfung 183

IV. Anwendung des ausländischen Rechts 202

1. Selbständige Anknüpfung 204

2. Unselbständige Anknüpfung 232

V. Internationalprivatrechtliche Interessen 251

1. Parteiinteresse 252

2. Verkehrsschutz 258

3. Ordnungsinteresse 283

VI. Normzwecke und Zusammenfassung 295

1. Verpflichtungen des öffentlichen Rechts 298

2. Handelsprivatrecht 302

3. Verbraucherschutzgesetze 316

4. Prozeßrecht 344

4. TEIL Untersuchungsergebnis 363

./.

Inhaltsverzeichnis

1. TEIL Einleitung 1

I. Bedeutung der Kaufmannseigenschaft im materiellen Recht 1

II. Anknüpfungsprobleme bei Fällen mit Auslandsberührung 2

III. Unterschiedlichkeit der Kaufmannsbegriffe in den verschiedenen Rechtsordnungen 3

IV. Das deutsche Kollisionsrecht zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft 5

V. Lösungsweg 6

2. TEIL Ideengeschichte des Kollisionsrechts im 19. und 20.Jahrhundert 8

I. Entwicklung des Kaufmannsbegriffs und Entstehung des Anknüpfungsproblems 10

1. Wandel des positiven Rechts

a) Das Preußische Allgemeine Landrecht (1794) 11

b) Der französische code de commerce (1807) 13

c) Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (1861) 16

d) Der italienische codice di commercio (1865 u. 1882) und die französische Theorie vom acte de commerce par accessoire 19

e) Das deutsche Handelsgesetzbuch von 1897 21

f) Neuere Entwicklungen

2. Wandel des internationalen Privatrechts 27

3. Wandel des internationalen Zivilprozeßrechts 28

4. Fremdenrechtliche Regelungen 31

II. Die grundlegenden Dogmen des IPR 35

1. Personalitätsprinzip 36

./.

2. Universalitätsprinzip 37
3. Territorialitätsprinzip 38
4. Souveränitätsprinzip 41

III. Die grundlegenden Schulen des modernen IPR 43

1. Savigny 44
2. Mancini 49

IV. Kollisionsrechtssysteme und Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft 52

1. Asser 55
2. von Bar 60
3. Vareilles-Soummières 65
4. Diena 67
5. Pillet 77
6. Weiss 81
7. Frankenstein 85
8. Bartin 91

3. TEIL Hauptteil

I. Untersuchung des deutschen Kollisionsrechts 95

1. Quellen des deutschen IPR

a) Abgrenzung des IPR zum Völkerrecht
b) Quellen des deutschen Landesrechts 96

2. Abgrenzung der Kaufmannseigenschaft zu vergleichbaren Rechtsinstituten 97

a) Rechts- und Geschäftsfähigkeit 98
b) Besondere Geschäftsfähigkeit 100
c) Handelsmündigkeit 102

(1) Unterschiedlichkeit der Regelungen 104
(2) Anknüpfungsmöglichkeiten 105
(3) Abgrenzung zur Kaufmannseigenschaft 109

d) Handelsgeschäft 110

3. Versteckte Kollisionsnormen 113

./.

4. Staatsverträge 120
a) mit deutscher Beteiligung
b) ohne deutsche Beteiligung 121

II. Kollisionsrechtliche Methoden

1. Qualifikation 124
2. Teilfragen 127

III. Anknüpfungsalternativen 130

1. Territoriale Anknüpfungen 132
a) Unterscheidung nach der Häufigkeit der gebietsbezogenen Handlungen 134
(1) lex loci actus 134
(a) Handlungsort 135
(b) Ort der Berufsausübung 138
(1a) Ausnahmen von der lex loci actus 140
(2) Mehrere Akte 142
(3) Niederlassung 143
b) Unterscheidung nach Geschäftsgegenstand 145
c) Unterscheidung nach Normengruppen 147
(1) Wirkungsstatut als Ausnahme
(2) lex fori als Generalanknüpfung 151

2. Personale Anknüpfungen 153
a) Staatsangehörigkeit
b) Domizil 160
c) Niederlassung 163
(1) Begriffsbestimmung 164
(2) Literaturmeinungen 167

3. Unselbständige Anknüpfung 183

IV. Anwendung ausländischen Rechts 202

1. Selbständige Anknüpfung 204
a) Äquivalenzprüfung 205
b) Methoden zur Überbrückung von Äquivalenzstörungen 209

./.

c) Begriffe des ausländischen Rechts 212

(1) Der personale Anwendungsbereich englischer Handelsbräuche 212

(2) Der "consumer" des englischen Rechts 215

(3) Der "merchant" des amerikanischen Rechts 217

(4) Der "commerçant" des französischen Rechts 220

(5) Der "imprenditore" des italienischen Rechts 224

d) Ersatzrecht 228

2. Unselbständige Anknüpfung 232

a) "datum"-Theorie 237

b) Kaufmannseigenschaft nach deutschem Recht für Ausländer

(1) Mußkaufmann § 1 II HGB 238

(2) Sollkaufmann § 2 HGB 238

(3) Minderkaufmann § 4 I HGB 242

(4) Formalkaufmann § 6 HGB 244

(5) Kannkaufmann § 3 II HGB 245

(6) Scheinkaufmann § 5 HGB 246

(7) "eingetragener Kaufmann" § 8 AbzG 247

V. Internationalprivatrechtliche Interessen 251

1. Parteiinteresse 252

a) materiellrechtliche Interessen 254

b) relativer Vertrauensschutz 256

2. Verkehrsschutz 258

a) Notwendigkeit einer Verkehrsschutzregelung 261

(1) nichtkaufmännischer Verkehr 261

(a) personale Schutzbedürftigkeit 262
(b) materiellrechtliche Interessen 264

(2) kaufmännischer Verkehr 268

b) lex causae-Regel 270

(1) Verbraucherschutzgesetze 272

./.

(a) Schutz des inländischen Verkehrs 272
(b) Schutz des ausländischen Verkehrs - alternative Anknüpfung "in favorem consumatoris - 272

(2) Handelsrecht 275

(3) Prozeßrecht 276

c) Sonderanknüpfung 277

(1) Schutz des inländischen Verkehrs 277

(2) Schutz des ausländischen Verkehrs 278

d) Ergebnis 282

3. Ordnungsinteressen

a) Internationale Entscheidungsharmonie 283

b) Interne Entscheidungsharmonie 286

(1) Selbständige Anknüpfung 287

(2) Unselbständige Anknüpfung 287

(a) Sonderstatut 288
(b) Verbraucherschutzrecht 289
(c) Prozeßrecht 294

VI. Normzwecke und Zusammenfassung 296

1. Verpflichtung des öffentlichen Rechts 298

2. Handelsprivatrecht 302

a) Sonderanknüpfungsgeeignetheit des Begriffs Kaufmann 304

(1) Merkmale der Definition 304
(2) Vergleich zum Begriff Unternehmen 306
(3) Vergleich zur Geschäftsfähigkeit 309

b) Zielsetzung des Handelsrechts und Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft 312

3. Verbraucherschutzgesetze 316

a) AGB-Gesetz 318

(1) Funktion des Begriffs Kaufmann 319

(a) Deutsches Recht als Vertragsstatut 319
(b) Ausländisches Recht als Vertragsstatut 319
(c) insbes.: Ausländisches Recht als Vertragsstatut bei Inlandsgeschäften 322
(d) "AGB-bezogener ordre public", § 24 Satz 2 AGB-Gesetz 326

./.

(e) Zu (b) und (c): Ausländisches Recht als Vertragsstatut 329

(2) Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft 332

(a) § 24 Satz 1 Nr.1 iVm §§ 2, 10, 11 AGB-Gesetz 333

(b) § 24 Satz 1 Nr.1 iVm § 12 AGB-Gesetz 336

(c) § 24 Satz 2 AGB-Gesetz 338

b) Abzahlungsgesetz 339

(1) Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes 341

(2) Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft des § 8 AbzG 341

4. Prozeßrecht 344

a) Auswirkung der Kaufmannseigenschaft auf das Prozeßrecht 344

(1) Örtliche und internationale Zuständigkeit bei Vereinbarungen, §§ 29 II, 38 I ZPO 344

(a) Verhältnis des § 38 I ZPO zu Art.17 EuGVÜ 345

(b) Verhältnis des § 38 I zu § 38 II ZPO 348

(2) Funktionelle Zuständigkeit, § 95 I Nr.1 GVG 349

(3) Formgültigkeit einer Schiedsgerichtsabrede, § 1027 II ZPO 351

b) Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft in prozeßrechtlichen Vorschriften 351

(1) Erstreckung des lex fori-Prinzips 352

(2) Anknüpfungsgesichtspunkte 355

(a) §§ 38 I, 29 II ZPO

(b) § 1027 II HGB 357
- insbes.: Urteil des LG Hamburg vom 12.11.1957 -

(c) § 95 I Nr.1 GVG 361

4. TEIL Untersuchungsergebnis 363

./.

Literaturverzeichnis

Alternativkommentar/Bearb.	Kommentar zum BGB, Bd.3 Neuwied 1979
Arminjon, P.	La notion des droits acquis en droit int. privé, Rec.1933, III, S.14
ders.	Précis de droit int.privé, Bd.I 3.Aufl. Paris 1947
ders.	Précis de droit int.commercial, Paris 1948
Asser,T.-Rivier,A.	Éléments de droit int.privé, Paris 1884 (Eine mit Anmerkungen versehene Übersetzung des Werks von Asser, D'Esquisse du droit int.privé, La Haye 1879)
Bandasch, G.W.	Gemeinschaftskommentar zum HGB, 3.Aufl. Neuwied 1980
von Bar, L.	Theorie und Praxis des int.Privatrechts, 2 Bde. 2.Aufl. Hannover 1889
ders.	Lehrbuch des int.Privat- und Strafrechts, Stuttgart 1892
ders.	Int.Handelsrecht, in: Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts, Bd.I Abschnitt V Leipzig 1913
Bartin, E.	Principes de droit int.privé selon la loi et la jurisprudence françaises, Bd. I Paris 1930, Bd.II 1932
Batiffol, H.	Les tendances doctrinales actuelles en droit int.privé, Rec.72 (1948 I), S.5
Batiffol,H./Lagarde,P.	Droit int.privé, Bd.I 7.Aufl.Paris 1981, Bd.II 6.Aufl.1976
Baumbach,A.-Lauterbach,W./ Bearb.	Zivilprozeßordnung, 38.Aufl. München 1980
Baumbach,A.-Duden,K.	Handelsgesetzbuch, 24.Aufl. München 1980
Bernstein, H.	Prozessuale Risiken im Handel mit den USA, Festschrift Ferid München 1979, S. 75

./.

Beudant, Ch.	Anmerkung zu Cour de Paris, 30.8.1867, D.1868.2.113
von Bieberstein, W.	Zielsetzung und Anwendungsbereich der Regelungen des Abzahlungskaufs in Deutschland und Frankreich, Festschrift Duden München 1977, S.307
Birk, R.	Die Umrechnungsbefugnis bei Fremdwährungsforderungen im IPR, AWD 1973, 425
ders.	Das Handelsvertreterrecht im deutsch-italienischen Wirtschaftsverkehr, Skriptum zu dem am 27.9.1980 in Mainz gehaltenen Vortrag vor der Vereinigung für den Gedankenaustausch zwischen deutschen und italienischen Juristen e.V., ZVglRWiss 79 (1980), S.268
Böhm, F.	Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen, 1890
Brewer, J.	Geschichte der französischen Gerichtsverfassung vom Ursprung der frankischen Monarchie bis zu unseren Zeiten, 2.Teil Düsseldorf 1837
Brocher, Ch.	Cours de droit int.privé, 3 Bde. Paris 1882-1885
Bülow,A.-Böckstiegel,K.H./ Bearb.	Der int.Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 2.Aufl.München 1973
Burin des Roziers, H.	La distinction du droit civil et du droit commercial et le droit anglais, Paris 1959
Calvo, Ch.	Le droit int.théorique et pratique, Bd. II 5.Aufl. Paris 1896
Catellani, E.L.	Il diritto int.privato e i suoi recenti progressi, 1.Aufl. 3 Bde. Torino 1888, 2.Aufl. 2 Bde. Torino 1902
Catellani, E.	Les maîtres de l'école italienne du droit int. au XIXe siècle, Rec.1933 IV, S.705
Cavaglieri, A.	Lezioni di diritto int. privato, 3.Aufl. Napoli 1933
ders.	Diritto int.commerciale, Padua 1936

./.

Constantinesco,V.-Hübner,U.	Einführung in das französische Recht, München 1974
Despagnet,F.	Précis de droit int.privé, 5.Aufl. von de Boeck Paris 1909
Diena,G.	I diritti reali considerati nel diritto int.privato, Torino 1895
ders.	Trattato di diritto commerciale int., 3 Bde. Firenze 1900 - 1905
ders.	Principi di diritto int., Bd.I Diritto int. pubblico, Napoli 1908, Bd.II Diritto int.privato 1910
Donnedieu de Vabres,J.	in: Répertoire de droit int. par Niboyet-Lapradelle, Bd.I v. actes de commerce Paris 1929, Bd.III v. commerçant 1929
Drobnig, U.	AGB im int.Handelsverkehr, Festschrift Mann München 1977, S.591
Düringer,A.-Hachenburg,M./ Bearb.	Handelsgesetzbuch, Bd.I 3.Aufl. Berlin 1930
Ehrenzweig,A.A./Jayme,E.	Private int.law, Bd.I General part, Leyden 1967, Bd.II Special part 1973, Bd. III Special part 1977
Escarra,J. et Rault,J.	Principes de droit commercial, Bd.I Paris 1934
Esperson,P.	Le droit int.privé dans la législation italienne, Clunet Bd.6 (1879), 329; Bd. 7 (1880), 245; Bd.8 (1881), 206; Bd.9 (1882), 154 und 270; Bd.10 (1883), 263
Etter,K.	Vom Einfluß des Souveränitätsgedankens auf das Internationale Privatrecht, Diss.Zürich 1959
Ferid,M.	Das französische Zivilrecht, Bd.I Frankfurt a.M. 1971, Bd.II 1972
ders.	Int.Privatrecht, Berlin 1975
Ferri,G.	Manual di diritto commerciale, 4.Aufl. Torino 1976
Ficker,H.	in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Berlin 1933, v. Int.Privatrecht S.320, v. Int.Handelsrecht S.459

./.

Fiore, P.	Diritto int.privato, 4 Bde. Torino 1904-1915
Foelix, M.	Traité de droit int.privé, 2 Bde. 3.Aufl. Paris 1856
Frankenstein, E.	Int.Privatrecht (Grenzrecht), Bd.I Berlin 1926, Bd.II 1929
Gamillscheg, F.	Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im int.Vertragsrecht, AcP 157 (1958/59), 303
Gierke, J./Sandrock, O.	Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd.I: Allgemeine Grundlagen, Der Kaufmann und sein Unternehmen, Berlin 1975
Goldschmidt, J.	Handbuch des Handelsrechts, Bd.I, 1.Abteilung: Universalgeschichte des Handelsrechts, 3.Aufl. Stuttgart 1891
Goode, R.M.	Hire-Purchase law and practice, Supplement to second edition, London 1975
Großkommentar HGB/Bearb.	3 Bde. 3.Aufl. Berlin 1967 - 1977
Gutzwiller, M.	Der Einfluß Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts, Freiburg 1923
ders.	Internationalprivatrecht, Basel-Berlin 1971
ders.	Geschichte des Internationalprivatrechts, Basel 1977
Hamel, J./Lagarde, G.	Traité de droit commercial, Bd.I Paris 1954, Bd.II 1966
Hartenstein, H.	in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd.4, Berlin 1933, v.Kaufmann S.709
Hausmann, R.	Kollisionsrechtliche Schranken der Gestaltungskraft von Scheidungsurteilen, Diss. München 1980
Hepting, R.	Die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters und ihre Auswirkungen im int.Privat- und Verfahrensrecht, FamRZ 1975, 451
von Hippel, E.	Verbraucherschutz in Europa, Festschrift Zweigert = RabelsZ 45 (1981), 353
von Hoffmann, B.	Über den Schutz des Schwächeren bei int. Schuldverträgen, RabelsZ 38 (1974), 396

./.

Hübner,U.	Allgemeine Geschäftsbedingungen und Int. Privatrecht, NJW 1980, 2601
Jauffret,A.	in: Dalloz, Rép. commercial, v. actes de commerce (1972), v. commerçant (1972)
Jayme,E.	Zur Scheidung und Wiederheirat von Italienern, NJW 1973, 934
ders.	Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen, Gedächtnisschrift Ehrenzweig, Karlsruhe 1976, S.35
ders.	Allgemeine Geschäftsbedingungen und int. Privatrecht, ZHR 142 (1978), 105
ders.	Rechtsvergleichung im int.Privatrecht, Festschrift Schwind, Wien 1978, S.103
ders.	Rückverweisung durch im Ausland geltende Staatsverträge, Festschrift Beitzke, Berlin 1979, S.541
ders.	Pasquale Stanislao Mancini, Int.Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz, Ebelsbach am Main 1980
ders.	Zur Rückverweisung durch staatsvertragliche Kollisionsnormen, IPRax 1981, 17
Jayme,E./Hausmann,R.	Int.Privat- und Verfahrensrecht (Textsammlung), München 1978
Jayme,E./Koussoulas,Ch.	Zum Vaterschaftsanerkenntnis im deutsch-griechischen Rechtsverkehr, StAZ 1980, 38
Juenger,F.K.	Zum Wandel des IPR, Karlsruhe 1974
Katholnigg,O.	Int.Zuständigkeitsvereinbarungen nach neuem Recht, BB 1974, 395
Kegel,G.	Int.Privatrecht, 4.Aufl. München 1977
Koch, G.F.	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Bd.I Berlin 1886
Kötz,H.	Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht, RabelsZ 34 (1970), 663
Kralik,W.	Die Prozeßfähigkeit des Ausländers, (öster.) ZfRV 1970, 161

./.

Kropholler,J.	Gerichtsstandsvereinbarungen in Auslandsverträgen, AWD 1970, 497
Kühne,G.	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15.11. 1976, JZ 1977, 439
Lehmann,R.	in: Juris Classeur, Rép. int., v. Les commercants en droit int.privé, fasc. 561, 1979
Lorenz,E.	Das anwendbare Deliktsrecht bei Schiffszusammenstößen auf Hoher See, Festschrift Duden, München 1977, S.229
Lorenz,W.	Vertragsschluß und Parteiwille im int. Obligationenrecht Englands, Heidelberg 1967
Loussouarn,I./Bourel,P.	Droit int.privé, 2.Aufl. Paris 1980
Loussouarn,I./Bredin,J.D.	in: Dalloz, Rép. int., Bd.I 1968, v. commerçants, S.339
dies.	Droit du commerce int., Paris 1969
Luther,G.	Italienisches Zivilgesetzbuch (1942), (Übersetzung) Berlin 1965
ders.	Einführung in das italienische Recht, Darmstadt 1968
Lyon-Caen,Ch. et Renault,L.	Précis de droit commercial, Bd.I 1.Aufl. Paris 1864, Bd.I 2.Aufl.1879
dies.	Traité de droit commercial, Bd.I 4.Aufl. Paris 1906
Mancini, P.S.	De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit int. privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles, Clunet (1874) 221 und 285
ders.	Relazione del Ministro di grazia e giustizia e dei culti (Mancini) od esposizione dei motivi del progetto de codice di commercio del Regno d'Italia, 18.7.1877, Rom 1878

./.

Mann,F.A.	Kollisionsnormen und Sachnormen mit abgrenzendem Tatbestandsmerkmal, Festschrift Raiser, Tübingen 1974, S.499
Meili,F.	Das int.Civil- und Handelsrecht aufgrund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, 2 Bde. Zürich 1902
Melchior,G.	Grundlagen des IPR, Berlin 1932
Mezger,E.	Anmerkung zu LG Hamburg, Rev.crit.1958, 104
Müller,H.	Zur Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen nach § 95 I Nr.1 GVG, NJW 1970, 846
Münchner Kommentar/Bearb.	Kommentar zum BGB, Bd.I München 1978, Bd.III 1.Halbband 1980
Nagel,H.	Int.Zivilprozeßrecht für deutsche Praktiker, Münster 1980
Neuhaus,P.H.	Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache, RabelsZ 15 (1949/50), 364
ders.	Die Grundbegriffe des int.Privatrechts, 2.Aufl. Tübingen 1976
ders.	Der Beitrag des Völkerrechts zum IPR, JbIntR Bd.21 Berlin 1978, S.60
Neuhaus,P.H./Kropholler,J.	Entwurf eines Gesetzes über int.Privat- und Verfahrensrecht (IPR-Gesetz), RabelsZ 44 (1980), 326
Niboyet,J.P.	Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé, Paris 1922
ders.	Traité de droit int.privé,Bd.IV Paris 1947
Niederer,W.	Int.Privatrecht und Völkerrecht, in: (schweizer) JbIntR Bd.V (1948), 63
ders.	Einführung in die allgemeinen Lehren des int. Privatrechts, 2.Aufl. Zürich 1956
Norenberg,H.	Internationale Verträge und AGB, NJW 1978, 1082

./.

Nußbaum,A.	Deutsches Int.Privatrecht, Tübingen 1932
Palandt,O./Bearb.	Bürgerliches Gesetzbuch, 40.Aufl. München 1981
Pillet,A.	Principes de droit int.privé, Paris 1903
ders.	Traité pratique de droit int.privé, Bd. I Paris 1923, Bd.II 1924
ders.	La théorie générale des droits acquis, Rec.8 (1925 III), 489
Piltz,B.	Kodifikatorische Möglichkeiten der Gewährleistung gleichmäßiger Anwendung vereinheitlichter Kollisionsnormen, Diss. München 1975
Pradier-Fordéré,P.	Traité de droit int.public (Européen et Americain), Bd.III Paris 1887, Bd.IV 1888
Raape,L.-Sturm,F.	Int.Privatrecht, Bd.I 6.Aufl. München 1977
Rabel,E.	The Conflict of Laws, Bd.I 2.Aufl.Chicago 1958
Raisch,P.	Die Abgrenzung des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19.Jahrhundert, Stuttgart 1962
ders.	Die rechtsdogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht, JuS 1967, 533
ders.	Bedeutung und Wandlung des Kaufmannsbegriffs in der neueren Gesetzgebung, Festschrift Ballerstedt, Berlin 1975, S.443
Reichert-Facilides,F.	Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf das deutsche int.Versicherungsvertragsrecht, VersR 1978, 481
Reithmann,Ch./Bearb.	Int.Vertragsrecht, 3.Aufl. Köln 1980
Riezler,E.	Int.Zivilprozeßrecht, Berlin 1949
Roblot,R.	Traité élémentaire de droit commercial, Bd.I 10.Aufl. Paris 1980
Rocco,N.	Dell'uso e autorità delle leggi del Regno delle Due Sicilie, considerate nelle relazioni con le persone e col territorio degli stranieri, 3 Bde. 3.Aufl.Napoli 1858 - 1859

./.

Rodière,R./Houin,R.	Droit commercial, Bd.I 10.Aufl. Paris 1980
Rolin,A.	De la détermination de la qualité de commerçant et de ses conséquences en droit int.privé, Rev.de d.i.p.1906, S. 23 und 1907, S.495
Rosenberg,L.-Schwab,K.H.	Zivilprozeßrecht, 12.Aufl. München 1977
Samtleben,J.	Int.Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EWG-Übereinkommen und nach der Gerichtsstandsnovelle, NJW 1974, 1590
ders.	Int.Privatrecht in Lateinamerika, Der Código Bustamante in Theorie u.Praxis, Bd.I Allg.Teil Tübingen 1979
Savigny,F.C.	System des heutigen Römischen Rechts, Bd.8 Berlin 1849
Schaeffner,W.	Entwicklung des int.Privatrechts, Frankfurt 1841
Schiedermair,R.	Handbuch des Ausländerrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt 1968
Schlechtriem,P.	Der Kaufmann im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Festschrift Duden München 1977, S.571
Schlegelberger,F./Bearb.	Handelsgesetzbuch, Bd.I 5.Aufl.München 1973, Bd.IV 1976
Schlosser,P.	Das Recht der int.Schiedsgerichtsbarkeit, 2 Bde. Tübingen 1975
Schlosser,P./Coester-Waltjen,D./Graba,H.U.	Kommentar zum AGB-Gesetz, Bielefeld 1977
Schmidt,T.S.	The preliminary question and the question of substitution in conflict of laws, in: Scandinavian Studies in Law, Bd.12 (1968), S.63
Schmidt-Salzer,J.	Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2.Aufl. München 1977
ders.	Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 129

./.

Schmitz,G.	Haftungsausschlußklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach englischem und int. Privatrecht, Diss.Berlin 1977
Schnitzer,A.F.	Handbuch des int.Handels-, Wechsel- und Scheckrechts, Zürich 1938
ders.	Handbuch des IPR, Bd.I 4.Aufl. Zürich 1957
Scholz,F.J.	Die 2.Novelle zum Abzahlungsgesetz II, MDR 1974, 969
Schröder,R.	Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, 6.Aufl. Bonn 1884
Schwander,I.	Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im int.Privatrecht, Diss.Zürich 1975
Serick,R.	Die Sonderanknüpfung von Teilfragen im IPR, RabelsZ 18 (1953), 633
Siehr,K.	Die rechtliche Stellung von Kindern aus hinkenden Ehen - Zur alternativen Anknüpfung der Vorfrage in favorem legitimitatis -, StAZ 1971, 205
ders.	Die allgemeine und besondere Geschäftsfähigkeit von Ausländern für eine Vaterschaftsanerkennung im Inland, StAZ 1976, 356
Smith,K./Keenan,D.J.	English law, 4.Aufl. London 1975
Soergel,T.-Siebert,W./Kegel,G.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.7 Einführungsgesetz, 10.Aufl. Köln 1970
Sonnenberger,H.J.	Verkehrssitten im Schuldvertrag, München 1970
ders.	Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Heidelberg 1975

./.

Sonnenberger,H.J.	Bemerkungen zum IPR im AGBG, Festschrift Ferid, München 1978, S.377
Staub,H.	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd.I 6. und 7.Aufl. Berlin 1900
Stauder,B.	Vom Abzahlungskauf zum Konsumentenkredit, ZRP 1980, 217
Staudinger,J./Bearb.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Sonderdruck zur 11.Aufl. München, Bd.I a) Art.7, 8, 9 und 11 EGBGB 1970, Bd.I b) Int.Schuldrecht I 1978
Stein,M.-Jonas,F./Bearb.	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd.I 19.Aufl. Tübingen 1972, Bd.I 20.Aufl. 1980, Bd.II 20.Aufl. 1978
Steindorff,E.	Sachnormen im int.Privatrecht, Frankfurt 1958
Stoll,H.	Internationalprivatrechtliche Probleme bei der Verwendung von AGB, Festsdrift Beitzke, Berlin 1979, S.759
Sturm,F.	Savigny und das int.Privatrecht seiner Zeit, Jus Commune VIII, Frankfurt 1979, S.92
Surville,F. et Arthuys,F.	Droit int.privé, 2.Aufl. Paris 1895
Szászy, I.	International civil procedure, Leyden 1967
Thieme,J.	Der Entwurf eines Konkursübereinkommens der EG-Staaten von 1980, Festschrift Zweigert = RabelsZ 45 (1981), S.459
Thomas,H.-Putzo,H.	Zivilprozeßordnung, 11.Aufl. München 1981
Ulmer,P.-Brandner,E.-Hensen,H.D.	AGB-Gesetz, 3.Aufl. Köln 1978
Valéry,J.	Maison de commerce et fonds de commerce, in: Annales de droit commercial 1902, S. 239
ders.	Manuel de droit int. privé, Paris 1914
Vareilles-Soummières	Synthèse du droit int.privé, 2 Bde. Paris 1894 - 1895

./.

Vincent,R. et Pénaud,É.	Dictionnaire de droit int.privé, Paris 1888
von Wächter,C.G.	Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, AcP 24 (1841), S.230, AcP 25 (1842), S.1, 151, 361
Weiss,A.	Quelques mots sur la faillité des commerçant en droit int.privé, in: Annales de droit commercial 1888, Bd.II S.109
ders.	Traité théorique et pratique de droit int. privé, 6 Bde. 2.Aufl. Paris 1908 - 1913
Wengler,W.	Die Vorfrage im Kollisionsrecht, RabelsZ 8 (1934), 138
ders.	Int.Privatrecht, 2 Bde. Berlin 1981, (= Bd.VI des Kommentars: Das Bürgerliche Gesetzbuch, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl.)
Wicki,A.A.	Zur Dogmengeschichte der Parteiautonomie im Int.Privatrecht, Diss.Zürich 1965
Wolff,M.	Das Int.Privatrecht Deutschlands, 3.Aufl. Berlin 1954
Wortley,B.A.	Mercantile usage and custom, RabelsZ 24 (1959), 259
Zöllner,R./Bearb.	Zivilprozeßordnung, 12.Aufl. Köln 1979

./.

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AbzG, Abz-G	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.d.c.	acte de commerce
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
aF	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
a.gl.O.	am gleichen Ort
All E.R.	All England Reports
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
aM	andere Meinung
Anm.	Anmerkung
Art., art.	Artikel, article, articolo
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVwVfG	Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter

./.

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	BGH, Entscheidungen in Zivilsachen (Band, Seite)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	BVerfG, Entscheidungen (Band, Seite)
bzw.	beziehungsweise
Cass.	Cour de Cassation
c.civ.	code civil, codice civile
c.com.	code commercial, codice di commercio
Civ.	Cour de Cassation, Chambre Civile
Clunet	= Journal de droit international privé
com.	commercial, commerciale
Comm.	Tribunal de Commerce
D.	Dalloz, Recueil (Jahr, Teil, Seite)
D.C.	Dalloz, Recueil critique (Jahr, Teil, Seite)
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
d.i.p.	droit international privé, diritto internazionale privato
dir.	diritto
disp.prel.	disposizioni preliminari
Diss.	Dissertation
DÖF	Die Öffentliche Verwaltung (Jahr, Seite)
D.P.	Dalloz, Recueil périodique (Jahr, Teil, Seite)
D.S.	Dalloz-Sirey, Recueil (Jahr, Teil, Seite)

./.

dt.	deutsch
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung
Einf.	Einführung
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen
EG	Europäische Gemeinschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
f, ff.	folgende, fortfolgende
Fn	Fußnote
fr.	französisch
FS	Festschrift
Festschr.	Festschrift
Gaz.Pal.	Gazette du Palais (Jahr, Teil, Seite)
Gaz.trib.	Gazette des tribunaus, Recueil
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Giur.compl.	Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione, Sezioni Civili (Band, Nummer)
Giur.it.	Giurisprudenza italiana (Jahr, Teil, Abteilung, Spalte)
HGB	Handelsgesetzbuch

./.

hM, h.M.	herrschende Meinung
H.S.	Halbsatz
IHR	Internationales Handelsrecht
int.	international, internazionale
IÖR	Internationales Öffentliches Recht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfassungsrechts (Zeitschrift, seit 1981)
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts (Zeitschrift)
i.S.d.	im Sinne des
it.	italienisch
IZPR	Internationales Zivilprozeßrecht
JbIntR	Jahrbuch für internationales Recht
J.C.P.	Juris-Classeur Périodique, Semaine Juridique (Jahr, Teil, Nummer)
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitungg
L.	Législation
LG	Landgericht
lit.	litera (Buchstabe)
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
mwNw	mit weiteren Nachweisen

./.

n°, Nr.	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
o.p.	ordre public
OR	Obligationenrecht
p.	Seite
pp.	Seiten
RabelsZ	(Rabels) Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdn.	Randnummer
Rec.	Recueil des Cours
rép.	répertoire
Req.	Cour de Cassation, Chambre des Requêtes
Rev.d.i.p.	Revue de droit international privé et de droit penal international
Rev.trim.civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt (Band, Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
RIW/AWD	Recht der internationalen Wirtschaft, vor 1975: Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
RvglHWB	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch
Rz	Randziffer

./.

s.	section
S.	Seite; Satz
S.	Sirey, Recueil (Jahr, Teil, Seite)
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt
StAZ	Das Standesamt (Jahr, Seite)
t.	tome, tomo
u.a.	und andere; unter anderem
UCC	Uniform Commercial Code
usw., u.s.w.	und so weiter
v.	versus
v.	von
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume (Band)
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Bd., Jahr, Seite)

1. TEIL: EINLEITUNG

I. Bedeutung der Kaufmannseigenschaft im materiellen Recht

Häufig wird im Tatbestand einer Sachnorm der Begriff "Kaufmann" verwendet. Diese Eigenschaft ist die wichtigste Voraussetzung für das Vorliegen eines Handelsgeschäfts, § 343 I HGB, und bestimmt somit maßgeblich die Anwendbarkeit der Sondervorschriften des Handelsrechts. Die Kaufmannseigenschaft wirkt sich aber auch in prozeßrechtlichen Vorschriften aus. Das deutsche Prozeßrecht läßt sogar formlose Schiedsgerichtsabreden unter Vollkaufleuten zu, § 1027 II ZPO, und bestimmt für Klagen gegen einen Kaufmann aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft die funktionelle Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen, § 95 I Nr.1 GVG. Ein weiterer Aufgabenkreis fiel dem Begriff Kaufmann durch die ZPO-Novelle von 1974 zu, mit der die freie Prorogationsmöglichkeit abgeschafft wurde. Lediglich Vollkaufleuten blieb diese Befugnis, § 38 I ZPO, und dazu die Möglichkeit, eine zuständigkeitsbegründende Vereinbarung über den Erfüllungsort zu wählen, § 29 II ZPO.

Die Kaufmannseigenschaft ist auch für den personalen Anwendungsbereich von Verbraucherschutzgesetzen maßgeblich. So sind vom Schutz des Abzahlungsgesetzes (AbzG) Kaufleute, die in das Handelsregister eingetragen sind, ausgenommen, § 8 AbzG. Dieses Gesetz hat in den letzten Jahren durch die Zunahme von Leasing-Verträgen neue Bedeutung gewonnen. Die Kaufmannseigenschaft hat somit auch Einfluß auf den ausschließlichen Gerichtsstand des § 6a AbzG.

Neuerlich aktuell wurde die Anknüpfungsfrage durch das Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von 1976 (AGB-G), das 1977 in Kraft trat. Teile seiner Regelungen, insbesondere die §§ 10, 11 und 12 AGB-G gelten nicht gegenüber Kaufleuten, § 24

Satz 1 Nr.1 des Gesetzes, und andere Vorschriften, so z.B. § 9 AGB-G sind gegenüber Kaufleuten insoweit anders anzuwenden, als auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist, § 24 Satz 2 AGB-G. Zu beachten ist, daß, anders als bei § 8 AbzG, Kaufleute im Sinne des § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-G auch die Mußkaufleute des § 1 II HGB sein können, gleichgültig, ob sie eingetragen sind oder nicht, und weiterhin ist es gleichgültig, ob sie Voll- oder Minderkaufleute sind. Gerade dieses Gesetz wird sich im internationalen Bereich auswirken und dies wird durch zwei Umstände unterstrichen. Zum einen sind seine Regelungen als nicht dispositives Recht selbst bei ausländischem Vertragsstatut zu "berücksichtigen", sofern ein ausreichender Inlandsbezug besteht, § 12 AGB-G,[1] und zum anderen kann eine Rechtswahlklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-s) gem. § 10 Nr.8 AGB-G ungültig sein.

Ganz generell zeichnet sich in der nationalen Gesetzgebung die Tendenz ab, zunehmend für bestimmte Bereiche des Zivilrechts Sonderregelungen zu treffen. Häufig dient als personales Anknüpfungskriterium der Begriff Kaufmann. Er hat dabei sowohl die Funktion, die Anwendung von Sonderrecht zu begründen, wie aber auch die Aufgabe, bestimmte Personen von der Anwendung des Sonderrechts auszunehmen. Somit ist es von beachtlicher Wichtigkeit zu wissen, ob die Beteiligten eines Rechtsgeschäfts als Kaufleute anzusehen sind oder nicht.

II. Anknüpfungsprobleme bei Fällen mit Auslandsberührung

Bei reinen Inlandsfällen bestimmt sich die Kaufmannseigenschaft stets nach den §§ 1 - 7 HGB. Doch offen ist die Frage, wie die

---

1) Ähnlich Art.5 EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (1980)

./.

Kaufmannseigenschaft in Fällen mit Auslandsberührung anzuknüpfen ist. Wenn z.B. ein Franzose in Deutschland einen Vertrag im Rahmen seiner Berufsausübung schließt, kommt es in Betracht, seine Kaufmannseigenschaft bei deutschem Vertragsstatut entweder nach französischem Recht oder nach deutschem Recht festzulegen. Ähnlich ist es, wenn etwa ein deutscher Gewerbetreibender in Frankreich ein Geschäft tätigt, denn auch im französischen Recht wird die Anwendung von Handelsrecht beeinflußt durch die Kaufmannseigenschaft der Beteiligten. Werden z.B. Allgemeine Geschäftsbedingungen von einem deutschen Kaufmann verwendet, kann die Wirksamkeit einiger dieser Klauseln von der Eigenschaft des ausländischen Vertragspartners abhängen. Eine größere Anzahl von weiteren Kollisionen sind denkbar. Dabei kommt es nicht nur darauf an, die Eigenschaft eines Ausländers richtig anzuknüpfen, es kann auch notwendig werden, die Eigenschaft eines Inländers im Hinblick auf ausländische Sachnormen zu beurteilen.

III. Unterschiedlichkeit der Kaufmannsbegriffe in den verschiedenen Rechtsordnungen

Die Anknüpfungsfrage könnte offen bleiben, wenn die Definitionen der Kaufmannseigenschaft in allen Rechtsordnungen gleich wäre. Doch gibt es neben vielen Gemeinsamkeiten beachtliche Unterschiede. So ist im französischen Recht nur Kaufmann (commerçant), wer eines der in den Katalogen der Art.632, 633 des französischen Handelsgesetzbuches (code de commerce = fr.c.com.) aufgeführten Handelsgeschäfte (actes de commerce = a.d.c.) als gewöhnlichen Beruf ausübt, Art.1 c.com. Eine Eintragung ins Handelsregister begründet die Kaufmannseigenschaft nicht. Erst seit 1966 sind die Handelsgesellschaften und juristischen Personen des Handelsrechts stets Kaufleute, ohne Rücksicht auf die Art der Tätigkeit.[2)]

---

2) Art.1 des Gesetzes Nr.66-537 vom 24.7.1966

./.

Andere Rechtsordnungen treffen eine ähnliche Regelung, allerdings weichen die in den dortigen Katalogen aufgeführten Tätigkeitsmerkmale teilweise voneinander ab.

Das deutsche System kennt neben der Kaufmannseigenschaft auf Grund der Ausübung eines der Grundhandelsgewerbe des § 1 II HGB die Kaufmannseigenschaft kraft Eintragung, so insbesondere gemäß § 2 HGB. Es kann somit ein solch formales Kriterium, wie die Eintragung in ein Register, die Kaufmannseigenschaft nach sich ziehen.

Wieder andere Rechtsordnungen sind von einem dualistischen System der Trennung zwischen bürgerlichem Recht und Handelsrecht zugunsten eines einheitlichen Zivilrechts abgewichen. Deshalb ist z.B. seit dem neuen italienischen Zivilgesetzbuch von 1942 (codice civile = it.c.civ.1942) der "commerciante" verschwunden. Nur zum Teil ist an seine Stelle der "imprenditore", also der Unternehmer getreten, für den vor allem einige Verpflichtungen öffentlichrechtlicher Art gelten. Wenn es nun um die Kaufmannseigenschaft eines italienischen Gewerbetreibenden geht, kommt in Betracht, seine nach italienischem Recht vorliegende Unternehmereigenschaft der Kaufmannseigenschaft i.S.d. deutschen Rechts gleichzusetzen. Besonders schwierig ist die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft von Gewerbetreibenden aus Staaten, deren Rechtsordnung weder einen Kaufmann, noch einen Unternehmer, noch ein Handelsregister oder eine ähnliche Einrichtung kennt. Wie sind z.B. englische Gewerbetreibende bezüglich § 8 AbzG zu behandeln, das nur einen eingetragenen Kaufmann von seinem Schutzbereich ausnimmt?

Weitere Beurteilungsschwierigkeiten ergeben sich, wenn es für die Anwendung von einigen Vorschriften darauf ankommt, ob die Beteiligten Minderkaufleute sind,[3] denn die Minderkaufmannseigenschaft

---

3) § 351 HGB, §§ 29 II, 38 I ZPO

ist vielen Rechtsordnungen unbekannt, selbst wenn sie ansonsten einen Kaufmannsbegriff kennen. Zu untersuchen ist auch die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft von Gewerbetreibenden, die in verschiedenen Ländern Niederlassungen besitzen.

IV. Das deutsche Kollisionsrecht zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft

Da die Kaufmannseigenschaft für eine ganze Reihe von Sachnormen erhebliche Bedeutung hat, ist es von größtem Interesse festzulegen, welches Gesetz für die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft maßgeblich ist. Das deutsche Kollisionsrecht hat weder im EGBGB noch in Staatsverträgen eine Regelung getroffen. Dies verwundert nicht, da überhaupt weite Teile des schuldrechtlichen Kollisionsrechts ungeregelt sind. Diese Lücke wird durch das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (1980) weitgehend geschlossen werden. Jedoch hat das Übereinkommen die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft nicht berücksichtigt.

Auch die Gerichte waren mit der Frage wenig befaßt. Das erklärt sich für die zurückliegende Zeit damit, daß Gewerbetreibende, die über die Grenze hinweg Handel betrieben, regelmäßig nach der einen wie nach der anderen Rechtsordnung als Kaufmann anzusehen waren. Unterschiedliche Beurteilungen finden sich vor allem im Kleingewerbebereich, der teils dem kaufmännischen Verkehr zugeordnet wird, teils aber auch als Handwerker eingestuft wird. Nun aber, da der grenzüberschreitende Verkehr weniger auf Großkaufleute beschränkt ist, sind weitere Konfliktsfälle zu erwarten. Dies gilt umso mehr, als die §§ 38 I, 19 II ZPO erst 1974 entsprechend geändert wurden, und das AGB-Gesetz, das sich gerade im Kleingewerbebereich auswirkt, erst 1977 in Kraft trat.

In der deutschen Nachkriegsliteratur finden sich nur vereinzelte Stellungnahmen, die sich zudem häufig nur auf einen oder wenige

./.

Sätze beschränken. Vielfach wurde das Problem überhaupt nicht gesehen[4] oder im gleichen Werk unterschiedlich gelöst[5] oder ausdrücklich als ungelöst bezeichnet.[6]

V. Lösungsweg

Da die Anknüpfungsfrage somit offen ist, soll eine Lösung versucht werden. Es ist zunächst herauszuarbeiten, wie sich das Problem methodisch stellt. Die Kaufmannseigenschaft ist von anderen, vielleicht benachbarten Rechtsinstituten abzugrenzen. Daran anschließend gilt es, alle denkbaren Anknüpfungsalternativen vorzustellen, sie auf ihre praktische Anwendbarkeit zu untersuchen und abzuwägen, welcher Kollisionsregel aus der Sicht des deutschen internationalen Privatrechts der Vorzug zu geben ist. Dabei ist stets zu beachten, daß es verschiedene Kaufmannsbegriffe gibt, die eine gesonderte Behandlung notwendig machen könnten. Weiterhin ist zu beachten, daß die Kaufmannseigenschaft in verschiedenen Zusammenhängen auftaucht. So könnte es z.B. sein, daß die Kaufmannseigenschaft, soweit sie für Verbraucherschutzgesetze erheblich ist, anders an-

---

4) Insbesondere ist die an Sachnormen orientierte Literatur wenig auf die Frage eingegangen. Oft hat aber auch die kollisionsrechtliche Literatur das Problem nicht gesehen. Keine Aussage findet sich, soweit ersichtlich, z.B. bei Kegel, Lehrbuch (1977), oder bei Soergel-Siebert, BGB, Bd.7 Einführungsgesetz, 10.Aufl. Berlin 1970; Raape/Sturm, IPR (1977).

5) Vgl. Beitzke, in: Staudinger 52.Lieferung zur 10./11.Aufl.1970, Art.7 EGBGB, Rdn.23, S.64, und Firsching in: Staudinger, 10./11.Aufl.(1978), vor Art.12 Rdn.92, S.308, oder auch Brüggemann, in: Großkommentar HGB, 3.Aufl.Bd.I (1967), Allg.Einl. Rdn.41, S.24, sowie § 6 Rdn.6, S.192 und Fischer, in: Großkommentar, HGB, 3.Aufl. Bd.III, 1.Halbband (1973), Vorbem. vor Art.104 Rdn.5, S.3.

6) Geimer in: Zöllner, ZPO, 12.Aufl. Köln 1979, Einl.VII (IZPR), S.68 bzgl. § 38 ZPO: "Wie der Begriff des Vollkaufmanns internationalrechtlich zu qualifizieren ist, ist noch nicht geklärt." (im Jahre 1979!)

./.

zuknüpfen ist, als im Rahmen der Prüfung der Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen.

Bei all diesen Fragen ist besonders auf die deutsche Literatur zu diesem Problem einzugehen. Wichtig ist aber auch, schon weil es geboten ist, international anerkennungsfähige Anknüpfungen zu finden, auf ausländische Lösungen zu achten. Die Literatur zum französischen Recht erscheint besonders geeignet zu sein, weil das französische Recht selber einen Kaufmannsbegriff kennt und als Abgrenzungskriterium für Handelsrecht verwendet. Die Berücksichtigung der italienischen Literatur ist deshalb sehr reizvoll, da gerade von dort das Kollisionsrecht in Europa Mitte des 19.Jahrhunderts eine deutliche Prägung erfuhr und das italienische Recht bis zur Novellierung 1942 selber einen Kaufmannsbegriff verwendete.

Ganz generell scheint ein Blick zurück dringend geboten. Zum einen ist das Kollisionsrecht nach wie vor deutlich geprägt durch die verschiedenen in der Vergangenheit mit unterschiedlichem Gewicht herausgearbeiteten Anknüpfungsprinzipien. Ohne ihre Kenntnis ist es nicht möglich, Aussagen zu treffen, die Bestand haben könnten. Zum anderen entstand das Anknüpfungsproblem im 19.Jahrhundert, als nämlich die Kaufmannseigenschaft für die Anwendung von gesondertem Handelsrecht Bedeutung erlangte. Aus diesen beiden Gründen soll der Hauptuntersuchung im dritten Teil im zweiten Teil eine historische Untersuchung vorangestellt werden, die die wichtigsten Entwicklungslinien bis hin zu klassischen Lösungen der Anknüpfungsfrage aufzeigt.

Noch ein Hinweis erscheint nützlich. Es gibt sicher verschiedene Möglichkeiten, die Darstellung zu gliedern. So könnte man daran denken, zunächst die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft in Verbraucherschutzgesetzen abzuhandeln und anschließend auf handelsrechtliche Normen überzugehen. Doch es würde sich zeigen, daß viele Gesichtspunkte da wie dort erheblich sind. Auch bestünde die Ge-

fahr, den Zusammenhang zu übersehen, der dadurch angezeigt ist, daß der Begriff des Kaufmanns gerade in verschiedenen Gruppen von Normen verwendet wird, aber dennoch in allen Fällen ohne Auslandsberührung der gleichen Definition der §§ 1-7 HGB zu entnehmen ist. Deshalb ist versucht worden, die für alle Anknüpfungssituationen bedeutsamen Aspekte, sozusagen vor die Klammer gezogen, vorweg darzustellen, so daß schließlich nur in einem letzten Abschnitt darauf einzugehen ist, ob die Verwendung in den verschiedenen Sachnormen eine besondere Anknüpfung erfordert.

2. TEIL: IDEENGESCHICHTE DES KOLLISIONSRECHTS IM 19. UND 20.JAHRHUNDERT

Die Arbeit soll abschließen mit einem Vorschlag zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft nach dem Stand des heutigen IPR. Dennoch ist aus verschiedenen Gründen ein Blick zurück dringend erforderlich.

Das Problem findet seinen Ursprung im 19.Jahrhundert. Es entstand, als die Kaufmannseigenschaft Abgrenzungsmerkmal für die Anwendung eines vom allgemeinen Zivilrecht gesonderten Handelsrechts wurde. Damals wurde die Anknüpfungsfrage als Problem bewußt und ausführlich erörtert. Heute, da die Entwicklung wieder dazu führt, den Begriff des Kaufmanns als Abgrenzungsmerkmal auch für die persönliche Anwendung von Verbraucherschutzgesetzen zu verwenden, stellen sich die gleichen Probleme.

Im deutschen Kollisionsrecht findet sich keine ausdrückliche Regelung. Das trifft auch für andere Teile des deutschen IPR zu, so für die juristische Person, die Stellvertretung, das Sachenrecht und weite Teile

./.

des Schuldrechts.[1] Für diese Lücken gilt Gewohnheitsrecht.[2] Es entsteht durch längere tatsächliche Übung, die dauernd und ständig, gleichmäßig und allgemein war und von den beteiligten Rechtsgenossen als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird.[3] Für die Lösung der Ausgangsfrage hat sich eine solche Norm noch nicht herausgebildet.[4] Jedoch können die in der Vergangenheit gemachten Erfahrungen eine wertvolle Hilfe bei der Herausarbeitung einer Regelung sein, die Bestand haben kann.

Zu Beginn des historischen Teils ist zunächst der Wandel des Kaufmannsbegriffs in der positiven Gesetzgebung aufzuzeigen, wie sich seine Funktion änderte und wie, dadurch bedingt, sich die Eigenschaft, Kaufmann zu sein, zu einem Anknüpfungsproblem entwickelte.

Anschließend werden die wichtigsten Prinzipien vorgestellt, die ab dem 19.Jahrhundert den Richtungsstreit des Kollisionsrechts bestimmten. Dies ist deshalb notwendig, weil, wie sich zeigen wird, die verschiedenen Systeme, die vertreten wurden, immer wieder aus einer Kombination der althergebrachten Dogmen bestehen. Folglich können diese Systeme

---

1) Teilregelungen zum IPR des Schuldrechts enthält § 10 Nr.8 AGB-G (Einschränkungen der Rechtswahlfreiheit) und § 12 AGB-G (Verbindlichkeit des AGB-Gesetzes im Interesse des Verkehrsschutzes). Aber auch insoweit kommt es auf die Kaufmannseigenschaft an, denn die Vorschriften finden keine Anwendung, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber einem Kaufmann verwendet werden, § 24 Satz I Nr.1 AGB-G.

2) Kegel, IPR (1977), S.98

3) BVerfGE 28 (1970), 28

4) Vgl. nur die unterschiedlichen Auffassungen oben S.6 Fn 5. Staudinger/Beitzke, Art.7 EGBGB (1970), Rz 23, S.64, schlägt vor, die Kaufmannseigenschaft hinsichtlich der Gültigkeit eines Geschäfts dem Wirkungsstatut zu entnehmen, das seinerseits auf das Heimatrecht oder das Recht der Niederlassung verweisen kann. Staudinger/Firsching, vor Art.12 EGBGB (1978), Rz 219, S.308, hält unterschiedslos das Recht am Ort der gewerblichen Niederlassung für maßgeblich.

./.

nur verstanden werden, wenn man den Ursprung der Dogmen, auf denen sie basieren, kennt. Die grundlegenden Prinzipien werden deshalb vorweg dargestellt, um im Rahmen der speziellen Betrachtung auf diese Darstellung verweisen zu können.

Unerläßlich ist schließlich die Skizzierung der wichtigen Lehren von Savigny und Mancini. Sie gelten als die Begründer des modernen IPR, auf ihre Neuerungen bauten die nachfolgenden Rechtsgelehrten auf.

Im IV.Abschnitt werden einige markante Lösungsvorschläge zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft vorgestellt. Dabei werden auch die jeweiligen Anknüpfungssysteme dargelegt, aus denen diese Vorschläge entwachsen sind.

I. Entwicklung des Kaufmannsbegriffs und Entstehung des Anknüpfungsproblems

Die Entwicklung des Anknüpfungsproblems der Kaufmannseigenschaft beruht auf wichtigen Änderungen des geschriebenen wie ungeschriebenen Rechts Ende des 18. und während des 19.Jahrhunderts. Das Handelsrecht trat in eine neue Periode seiner Entwicklung. Schnellere Transportmittel und neue Informationswege beschleunigten den Handelsverkehr. Die neuen modernen Handelsgesetzbücher versuchten den Bedürfnissen des Handels Rechnung zu tragen. Mit diesen neuen Gesetzeswerken entstand die Kaufmannseigenschaft als Anknüpfungsproblem, wie darzustellen sein wird.

1. Wandel des positiven Rechts

Im positiven Recht wandelte sich der Kaufmannsbegriff selber, wie sich auch die Anwendungssysteme für das Handelsrecht grundlegend änderten.

./.

a) Das preußische Allgemeine Landrecht

Das preußische Allgemeine Landrecht (1794) (ALR) war das letzte große Gesetzeswerk, dem noch eine rein standesrechtliche Auffassung des Kaufmannbegriffes zugrunde lag. Der 8.Titel des II.Teils trägt die Überschrift: "Vom Bürgerstande". Neben den Handwerkern und Zünften, den Fabrikanten und Künstlern behandelt Abschn.7 das Sonderrecht der "Kaufleute".[1] Kaufmann war, "wer den Handel mit Waren oder Wechseln als sein Hauptgeschäft betreibt".[2] Die standesrechtliche Ausrichtung kam vor allem dadurch zum Ausdruck, daß im wesentlichen nur derjenige Kaufmann sein konnte, der Mitglied einer Innung war.[3] Somit durften nur Mitglieder einer Innung Handel treiben,[4] und nur für sie galt dann Handelsrecht.

Ein solches System, das die Abgrenzung des Sonderrechts vom allgemeinen Recht vom Status oder der Eigenschaft einer Person abhängig macht, kann als "subjektives System" bezeichnet werden.

---

1) ALR II 8, §§ 475 ff. Das ALR ist abgedruckt in: Koch, G. F., Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Band I-IV, Berlin 1886.

2) ALR II 8, § 475. Der An- und Verkauf von Waren war damals die einzige Tätigkeit, die als kaufmännisch angesehen wurde. Sie ist auch heute noch im deutschen und französischen Katalog der Handelstätigkeiten an erster Stelle aufgeführt, vgl. § 1 I Nr.1 dt.HGB, Art.632 Nr.1 fr.c.com. In dem neueren italienischen Gesetz wird diese Tätigkeit erst an zweiter Stelle hinter der Produktion von Waren erwähnt, § 2195 Nr.2 it.c.civ. 1942.

3) ALR II 8, § 480: "An Orten, wo dergleichen Innungen bestehen, hat nur der, der darin aufgenommen ist, die Rechte eines Kaufmanns."

4) Die gleiche Lage bestand in Frankreich. Dazu: Brewer, Geschichte der französischen Gerichtsverfassung, 2.Teil, Düsseldorf 1837, S.169.

./.

Ein subjektives System ist besonders geeignet, zu kollisionsrechtlichen Problemen zu führen, denn gerade im Bereich der persönlichen Verhältnisse ist man gegenüber Fremden am ehesten bereit, auf das ihnen bekannte und vertraute Recht Rücksicht zu nehmen. Jedoch wurde die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft zur Zeit der Geltung des ALR nicht als kollisionsrechtliches Problem begriffen. Dafür gibt es insbesondere zwei Gründe.

Zum einen war gemäß § 476 ALR auch für Fremde eine besondere öffentlichrechtliche Zulassung zur Ausübung eines kaufmännischen Gewerbes notwendig.[5] Es handelte sich folglich um ein fremdenrechtliches Problem und die Zulassung erfolgte durch öffentlichrechtlichen Akt. War aber eine Person für das kaufmännische Gewerbe zugelassen, nahm er an der Konkurrenz mit gleichen kaufmännischen Rechten und Pflichten teil.

Zum anderen bereitet nicht jedes subjektive System die gleichen Anknüpfungsprobleme. So kann der Begriff Kaufmann auf verschiedene Weise definiert werden. Es besteht die Möglichkeit, diese Qualität von einer Reihe von Voraussetzungen abhängig zu machen, wie z.B. das regelmäßige selbständige Betreiben von Geschäften - über eine längere Zeit - als Berufsausübung mit Gewinnerzielungsabsicht. Eine andere Möglichkeit ist, und das ist der Weg, den das ALR einschlug, die Kaufmannseigenschaft nur von einem einzigen Merkmal abhängig zu machen, wie die Mitgliedschaft in einer kaufmännischen Innung.[6]

---

5) § 476 ALR: "Will jemand unter dem Schutze des Staates kaufmännische Geschäfte betreiben, so muß er dazu die Erlaubnis der Obrigkeit nachsuchen."

6) Vgl. soeben Fn.3).

./.

Die Mitgliedschaft in einer Innung war somit für die Kaufmannseigenschaft entscheidend. Die Mitgliedschaft in einer öffentlichrechtlichen Körperschaft bestimmte sich aber nicht nach dem Heimatrecht, sondern allein maßgeblich war die Satzung der betreffenden Innung.[7] Es war folglich die individuelle Satzung, aus der sich unmittelbar die Kaufmannseigenschaft ergab. Erst daran schloß sich die weitere Frage an, ob die Mitgliedschaft in einer ausländischen Innung genügte, ob sie gleichwertig war im Sinne des ALR.[8] Damals war es aber nicht nötig, die Frage der Gleichwertigkeit auf der Ebene des Kollisionsrechts zu entscheiden, da das gewerbliche Zulassungsverfahren diese Prüfung mit einschloß.

b) Der französische code de commerce (1807)

Ganz anders konzipiert ist das französische Handelsgesetzbuch (code de commerce = fr.c.com.) von 1807. Die durch die Französische Revolution geschaffene gesellschaftliche Situation verbot jedes standesrechtlich ausgerichtete Anwendungssystem für Handelsrecht. Zwar beginnt der fr.c.com. mit einer generalklauselartigen

---

7) § 479 ALR: "Wo Kaufmannsgilden oder Innungen vorhanden sind, muß ein darin aufzunehmendes Mitglied den Erfordernissen der Innungsartikel, sowohl in Ansehung der Lehrjahre als sonst, ein Genüge leisten."

8) Ein gleichartiges Problem ergibt sich, wenn eine deutsche Norm den Begriff Notar verwendet und sich die Frage stellt, ob die Mitwirkung eines ausländischen Notars genügt. Ob der Ausländer Notar ist, entscheidet sich nach den an seinem Amtssitz geltenden öffentlichrechtlichen Vorschriften. Die weitere Prüfung, ob damit dem Erfordernis der deutschen Sachnorm genügt ist, ist eine Frage der Gleichwertigkeit (Äquivalenz). Zur "Substitution" vgl. Neuhaus, Grundbegriffe (1976), 351 ff.

./.

Definition des Kaufmanns (commerçant),[1] dann bricht aber die Definition ab, und erst wieder in den Art.632 und 633 fr.c.com., die die Zuständigkeit des Handelsgerichts (tribunal de commerce) festlegen, werden diejenigen Typen von Rechtsgeschäften katalogmäßig aufgeführt, die als Handelsgeschäfte (acte de commerce = a.d.c.) verstanden werden.

Demgegenüber war die Kaufmannseigenschaft von untergeordneter Bedeutung, denn es reichte für die Anwendung von Handelsrecht aus, daß ein Geschäft der aufgezählten Art vorlag, z.B. der Kauf und Verkauf von beweglichen Sachen.[2] In einem solchen "objektiven System" kam es auf die Kaufmannseigenschaft der Beteiligten nicht an; insoweit konnten kollisionsrechtliche Probleme nicht auftreten.

Allerdings ist die objektive Konzeption nicht streng durchgehalten worden. Die Definition des a.d.c. enthält selber einige subjektive Merkmale. Gewisse Geschäfte werden nur dann als a.d.c. betrachtet, wenn sie häufig vorgenommen werden. Das wird ausgedrückt durch den Begriff "opération" z.B. operation de change (Geldwechselgeschäfte).[3] Andere Geschäftstätigkeiten werden nur dann dem Handelsrecht unterstellt, wenn sie im Rahmen eines "Unternehmens" (entreprise) vorgenommen werden, wie z.B. die Erzeugung von Waren (entreprise de manufactures).[4] Dieses Merkmal dient vor allem zur Abgrenzung gegenüber der Tätigkeit eines Handwerkers, deren Rechts-

---

1) Art.1 fr.c.com.: Sont commerçants ceux, qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.

2) Art.632 fr.c.com.

3) Art.632 fr.c.com. 1807

4) Art.632 fr.c.com.: "La loi répute actes de commerce: ... toute entreprise de manufactures, ..."

./.

verhältnisse sich nach allgemeinem Zivilrecht richten. Der Begriff "entreprise" ist im französischen Gesetz genausowenig definiert, wie in den anderen Gesetzgebungen der damaligen Zeit. In der Rechtslehre wird unter dem Begriff eine Tätigkeit verstanden, die durch äußere Tatsachen beweist, daß ein Individuum Handelsgeschäfte nicht nur gelegentlich, sondern gewöhnlich, einem bestimmten Plan folgend, ausführt und eine Geschäftstätigkeit entfaltet, die mehr oder weniger wichtige betriebliche Einrichtungen erfordert.[5] Dieses Element ist subjektiv, weil es auf die Art und Weise abstellt, in der die Tätigkeit ausgeübt wird. Insbesondere hat der Umfang einer Geschäftstätigkeit großen Einfluß auf den Begriff. Es werden die individuellen Verhältnisse des Gewerbetreibenden bei der Berufsausübung berücksichtigt,und dies ist ein subjektives Element. Dieses Element tritt bei der Definition des a.d.c. neben die objektive Voraussetzung, einen gewissen Typ von Geschäften auszuüben. Eine solche Abgrenzung von Handels- und bürgerlichem Recht kann als Mischsystem bezeichnet werden. Besser ist jedoch, auch in diesem Fall von einem subjektiven System zu sprechen. Denn stoßen subjektive und objektive Erfordernisse zusammen, so ist das erstere dominant. Das subjektive Kriterium prägt das System am deutlichsten, denn die in den Katalogen aufgeführten Geschäfte werden im Alltagsleben häufig auch von Nicht-Gewerbetreibenden begangen, ohne daß

---

5) Jauffret, in Dalloz, rép.comm., v. actes de commerce, Nr.41: "Le commerce serait caractérisé par des faits extérieurs attestant qu'un individu accomplit des actes de commerce d'une manière non épisodique mais habituelle, suivant un plan concerté et en déployant une activité exigeant une installation matérielle plus ou moins importante."

./.

in diesen Fällen Handelsrecht gilt.[6]

Obwohl somit, wie am Begriff des Unternehmens gezeigt wurde, auch das französische Recht einige subjektive Elemente enthält, bleibt festzuhalten, daß mit dem fr.c.com. erstmals ein Handelsrecht kodifiziert wurde, das nicht standesrechtlich geprägt war. Alle Bürger genossen Gewerbefreiheit und wurden ohne formales Unterscheidungskriterium den gleichen Rechten und Pflichten unterworfen. Dem Beispiel des fr.c.com. folgten alle in der ersten Hälfte des 19.Jahrhunderts in Europa in Kraft getretenen Handelsrechte.[7]

c) Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (1861)

Die Kaufmannseigenschaft und damit zusammenhängende internationalprivatrechtliche Fragestellungen erlangten erstmals größere Bedeu-

---

6) Ein (rein) objektives Abgrenzungssystem wird im englischen Recht angewandt, um den Bereich eines Verbraucherschutzgesetzes für den Kreditverkehr (Consumer Credit Act 1974, in: 44 Halsbury's Statutes of England, 746) zu bestimmen. Dieses Gesetz ist inspiriert von R.M.Goode, der es auch erläutert in: Goode, Hire-purchase law and practise, Supplement to second edition, London 1975. Erfaßt werden alle Rechtsgeschäfte, deren Wert £ 5000 nicht übersteigt, s.8 (2). Erfaßt werden auch alle Geschäfte mit Gewerbetreibenden und Handelsgesellschaften, soweit sie keine juristischen Personen sind, s.8 (1) i.V.m. s.189. Es kommt somit nicht darauf an, von wem die Geschäfte getätigt werden oder wie häufig oder auf welche Art und Weise sie ausgeführt werden. Allein maßgeblich ist die (objektive) Grenze eines bestimmten Geschäftswertes.

7) Gemäß: Schnitzer, Handbuch des IHR (1938), S.25: Monaco 1918, Beider Sizilien 1819, Spanien 1929, Portugal 1833, Griechenland 1875, Belgien-Niederlande 1838, Sardinien-Piemont 1843, Türkei 1850, Rumänien 1863 u.a.

tung durch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861.[1] Das Gesetz lehnte sich zwar an die Konzeption des fr.c.com. von 1807 an,[2] brachte aber die wichtige Neuerung, daß auch Geschäftstypen außerhalb des Katalogs dem Handelsrecht unterstellt wurden, wenn sie nur von einem Kaufmann betrieben wurden.[3]

Diese Neuerung bedeutete die entscheidende Änderung in der positiven Gesetzgebung, mit der die Kaufmannseigenschaft zum Anknüpfungsproblem wurde. Erstmalig war nicht nur der Typus des Geschäfts ausschlaggebend, sondern auch die Kaufmannseigenschaft der Beteiligten führte zur Anwendung von Handelsrecht (sog. "gemischtes System"). Bis zu diesem Zeitpunkt war die Kaufmannseigenschaft nicht entscheidungserheblich, da es allein darauf ankam, ob die Geschäftsart einer der Alternativen der Katalogtatbestände zuzuordnen war. Ab 1861 konnten, soweit deutsches Recht Vertragsstatut war, alle Geschäftsarten handelsrechtlichen Rechtssätzen unterliegen, vorausgesetzt sie wurden von Kaufleuten ausgeführt und dies im Rahmen ihres Gewerbes. Diese Regelung wurde dadurch abgesichert, daß das Gesetz eine Beweisregel in der Form einer Vermutung für die Gewerbsmäßigkeit eines

---

1) Es wurde 1861-1865 in den einzelnen Ländern eingeführt. Es ist abgedruckt z.B. bei: Schröder, R., Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, 6.Aufl., Bonn 1884.

2) Art.4 ADHGB lautet: "Als Kaufmann in diesem Sinne ist anzusehen, wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt." Die Aufzählung der Handelsgeschäfte erfolgt gleichfalls erst an letzter Stelle, nämlich im 1.Titel des 4. Buches, Art.271 und 272 ADHGB. Die Kataloge weisen eine deutliche Ähnlichkeit mit dem französischen Handelsgesetz aus.

3) Art.273 Abs.1 ADHGB: "Alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, sind als Handelsgeschäfte anzusehen."

./.

von einem Kaufmann vorgenommenen Geschäfts aufstellte.[4] Die Katalogtatbestände behielten aber indirekte Bedeutung, da nur über diese Tätigkeiten die Kaufmannseigenschaft erlangt werden konnte.

Das ADHGB von 1861 ging von dem Prinzip des sog. "einseitigen" Handelsgeschäfts aus. Es reichte im Grundsatz aus, daß nur auf einer Seite des Handelsgeschäfts ein Kaufmann stand, um das Rechtsgeschäft insgesamt dem Sonderrecht für Kaufleute zu unterstellen.[5] In diesen Fällen gilt Handelsrecht für beide Seiten gleichmäßig.[6] Der Grundsatz des "einseitigen" Handelsgeschäfts wurde jedoch dadurch in das Gegenteil verkehrt, daß die meisten Sondervorschriften in ihren Tatbeständen voraussetzten, daß auf beiden Seiten ein Kaufmann beteiligt war.[7]

Kam es somit auf die Kaufmannseigenschaft der Beteiligten an, stellte sich im internationalen Handelsverkehr nunmehr die Frage, nach welchem der Kataloge der verschiedenen Handelsgesetzbücher sich die Kaufmannseigenschaft der Beteiligten beurteilte. Allerdings war die Frage nicht evident, weil die Kataloge weitgehend identisch waren. So kam es, daß die Anknüpfungsfrage erst sehr viel später als Proble bewußt wurde.

---

4) Art.274 Abs.1 ADHGB: "Die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge gelten im Zweifel als zum Betriebe des Handels gehörig."

5) Das HGB von 1867 hat sich dieser Regelung in § 345 HGB angeschlossen. Zur Kritik an diesem Prinzip des "einseitigen" Handelsgeschäfts siehe: Raisch, JuS 67, 533.

6) Art.277 ADHGB

7) Das Gesetz benutzt dafür z.B. die Wendungen "Kaufleute untereinander", Art.289 ADHGB, oder "wenn ein Kaufmann mit einem anderen Kaufmann", Art. 291 ADHGB.

./.

d) Der italienische Codice di Commercio (1865 u. 1882) und die französische Theorie vom acte de commerce par accessoire

Der Konzeption des ADHGB folgten vor allem die italienischen Handelsgesetzbücher von 1865 (it.c.com.1865) und 1882 (it.c.com.1882)[1] und andere Handelsbücher der zweiten Hälfte des 19.Jahrhunderts.[2] Sie alle sind dadurch gekennzeichnet, daß den in den jeweiligen Katalogen aufgeführten Geschäften[3] andere, unbenannte Geschäfte gleichgestellt wurden, wenn sie von Kaufleuten ausgeführt wurden.[4]

Es ist noch einmal auf das französische Handelsrecht zurückzukommen; denn wohl in Anlehnung an diese Regelungen entwickelte sich im französischen Recht die sog. Theorie vom "a.d.c. par accessoire"[5], mit der zunächst erweiternd die den Kaufmann in seinem Gewerbe begleitenden Geschäfte dem Handelsrecht unterstellt wurden, mit der später aber auch umgekehrt einschränkend Geschäftsarten, die von Natur aus handelsrechtlich sind, dem Bürgerlichen Recht zugeordnet

---

1) Abgedruckt bei Franchi, L., Codice di Commercio, Mailand 1927.

2) Gem. Schnitzer, Handbuch des IHR (1938) S.25: Ungarn 1875, Spanien 1885, Portugal 1888, Rumänien 1887, Bulgarien 1897.

3) Als Beispiel siehe den Katalog des Art.3 it.c.com.1882.

4) Art.4 it.c.com.1882: "Si reputano inoltre atti di commercio gli altri contratti e le altre obbligazioni dei commercianti, se non sono di natura essenzialmente civile o se il contrario non risulti dall'atto stesso."

5) Dazu Jauffret, in: Dalloz, Rép.com., v. actes de commerce, Nr.431 ff., speziell Nr.435. Zwar gibt es in der französischen Rechtsprechung Beispiele dafür, daß auch schon vor 1861 hin wieder einzelne, mit der Ausübung des Gewerbes in Zusammenhang stehende Geschäfte in die Zuständigkeit der Handelsgerichte fielen und damit dem Handelsrecht zugeordnet wurden, vgl. etwa Comm.Seine 27.1.1854 in: Journal des Tribunau de Commerce, Bd.III (1854) Nr.887 S.97, oder Paris 7.7.1860, in: aaO, Bd.IX (1860) Nr.3291, S.409; diese Beispiele verdichteten sich aber erst später zu der sog. Theorie vom a.d.c. par accessoire. Vgl. dazu Chambéry 19.4.1882, in: aaO. Bd.XXXI (1882) Nr.10176, S.696: "... il suffit, qu'elle (l'obligation) s'y (à leur commerce) rattache, même d'une manière accessoire, pour qu'elle affecte alors un caractère commercial, ..."

./.

wurden, wenn sie von Nichtkaufleuten durchgeführt wurden.[6] Ohne Rücksicht auf die Kaufmannseigenschaft der Beteiligten unterstehen nach dem heutigen französischen Recht den Sondernormen des Handelsrechts nur noch die anzahlmäßig äußerst geringe Gruppe der sog. "objektiven Handelsgeschäfte" (a.d.c. objective), wozu im wesentlichen nur der Wechsel zählt.[7] Damit wurde die objektive Konzeption soweit denaturiert, daß nach dem heutigen Stand des französischen Rechts wieder von einem subjektiven System[8] gesprochen werden muß, also einem System, bei dem es auf die Kaufmannseigenschaft der beteiligten Personen ankommt.[9] [10]

---

6) Rodière/Houin, Droit com. (1970), Rz.39 m.w.Nw. Nicht richtig: Ferid, IPR (1975), Ziff.2 ▾ 76, S.50, nach dessen Ansicht die sog. "natürlichen Handelsgeschäfte (a.d.c. par nature), also diejenigen, die in Art. 632 c.com. aufgezählt sind, ohne Rücksicht auf die Kaufmannseigenschaft dem Handelsrecht unterstehen.

7) Jauffret, in: Dalloz, Rép.com., v. actes de commerce, Nr.354.

8) Die Theorie vom a.d.c. par accessoire wurde anfangs nicht als subjektive Anknüpfung verstanden. Dazu Chambéry 19.4.1882, aaO (soeben Fn 5 S.697) hinsichtlich des Kaufs von Immobilien, der nach französischem Recht grundsätzlich dem allgemeinen Zivilrecht zuzuordnen ist: "Que, dans ce dernier cas, ce n'est point la qualité de négociant qui imprime à la convention le caractère commercial, mais bien cette circonstance que l'engagement dont on poursuit l'exécution a eu exclusivement pour cause et pour but les intérêts du commerce de ce négociant."

9) Raisch, Abgrenzung (1962), S.20, 45, spricht von einem "verkappten" subjektiven System. Auch gem. Loussouarn-Bredin, Commerce international (1969) Rz.15, ist das französische System im Prinzip subjektiv.

10) Mit dem Gesetz Nr.66-573 vom 24.7.1966 wurden in Frankreich - ähnlich wie in § 6 des dt.HGB - Formkaufleute in das französische Recht eingeführt. Konsequenterweise besagt Art.1 II dieses Gesetzes, daß diese Gesellschaften Kaufleute sind, anstatt den Ausdruck zu wählen, daß diese Gesellschaften a.d.c. begehen. Auf Art.1 c.com. muß nicht mehr zurückgegriffen werden.

./.

Diese Entwicklung im deutschen, italienischen und französischen Recht und daran angelehnt in anderen europäischen Handelsrechten, sowie die zunehmende grenzüberschreitende Handelstätigkeit, ließ nun erstmalig die Frage auftreten, nach welchem dieser Kataloge die Kaufmannseigenschaft zu bestimmen sei. Damit war die Grundlage für die Notwendigkeit einer kollisionsrechtlichen Prüfung geschaffen.

e) Das deutsche Handelsgesetzbuch von 1897

Die Problematik verstärkte sich mit Erlaß des noch heute gültigen deutschen Handelsgesetzbuches von 1897 (HGB) und der im Anschluß daran geschaffenen Einrichtung des Handelsregisters. Bis dahin konnte die kollisionsrechtliche Frage meist dahingestellt bleiben, weil die Kataloge der verschiedenen Gesetzgebungen sich sehr ähnelten. Durch das neue HGB jedoch konnte die Kaufmannseigenschaft durch eine Eintragung ins Handelsregister erworben werden und zwar ohne Rücksicht auf die Art der Geschäftstätigkeit, § 2 HGB, mit der Folge, daß die Person unwiderleglich als Kaufmann angesehen wird.[1)]

f) Neuere Entwicklungen

Neuere gesetzliche Regelungen führen dazu, daß die Kaufmannseigenschaft als Abgrenzungskriterium-und damit als kollisionsrechtliches Problem - teilweise verschwunden ist, aber auch teilweise wieder neu belebt wurde.

---

1) Eine Eintragung in das nach deutschem Vorbild ab 1919 in Frankreich eingerichteten Handelsregister löst auch heute nur eine widerlegliche Vermutung für die Kaufmannseigenschaft der Person aus, Ziff.41 des Décr. nº 67-237 vom 23.3.1967.

./.

Wie in anderen europäischen Ländern wurde auch in Italien mit dem Zivilgesetzbuch von 1942 (it.c.civ.1942) von dem dualistischen System der Trennung zwischen Handelsrecht und Bürgerlichem Recht zugunsten eines einheitlichen Zivilgesetzbuches abgerückt. Der Kaufmann des italienischen Rechts wurde abgelöst durch den Begriff des Unternehmens (impresa) bzw. des Unternehmers (imprenditore), der allerdings vorwiegend Bedeutung hat für öffentlich-rechtliche Verpflichtungen, wie die Eintragungspflicht in das Handelsregister[1], und die Konkursfähigkeit.[2]

Auch das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen von 1973 (EKG)[3] enthält keine Sonderregelungen für Kaufleute.[4] Dies ist insofern zu vertreten, als das EKG nur bei internationalen Geschäften anwendbar ist, d.h. bei Geschäften, deren Vertragsparteien ihre Niederlassung oder ersatzweise ihren Aufenthalt in verschiedenen Staaten haben und, etwa mittels einer Lieferverpflichtung, ein weiterer Bezug zu zwei Rechtsordnungen besteht.[5] Parteien, die solche Geschäfte vornehmen, sind typischerweise so berufserfahren, daß das EKG insgesamt nach den stren-

---

1) Art.1 des Gesetzes Nr.267 vom 16.3.1942.

2) Art.2195 it.c.civ.1942.

3) Das EKG 1973 ist abgedruckt in: Jayme/Hausmann (1978) Nr.24, S.53 ff.

4) Art.7 EKG 1973: "Dieses Gesetz ist ohne Rücksicht darauf anzuwenden, ob die Parteien Kaufleute oder Nichtkaufleute und ob die abzuschließenden Verträge handelsrechtlicher oder bürgerlich-rechtlicher Art sind."

5) Vgl. Art.1 des EKG.

./.

gen Grundsätzen eines Handelsrechts konzipiert werden konnte.[6)]

Die Tendenz zur Abschaffung von Handelsrecht scheint gestoppt zu sein. Immer deutlicher wird eine neue Entwicklung spürbar. Wurde damals mit Handelsrecht Sonderrecht für besonders befähigte und erfahrene Rechtsgenossen geschaffen, so schlägt die Gesetzgebung heute den umgekehrten Weg ein, indem Sonderrechte für weniger erfahrene Personen geschaffen werden, die sich unter den Begriff Verbraucherschutzgesetze zusammenfassen lassen. Beiden ist gemeinsam, daß es sich um besonderes Recht für bestimmte Personengruppen handelt.[7)]

Besonders dringend wurde ein entsprechendes Bedürfnis in den Ländern, die traditionell, basierend auf einem unitarischen System, mit ihren Rechtssätzen einen Kompromiß zwischen den Bedürfnissen der Gewerbetreibenden und den der Nichtgewerbetreibenden schließen mußten. So verwundert es nicht, daß z.B. das englische Recht

---

6) Vgl. nur die Regelung der Rügepflicht im EKG und im deutschen HGB von 1897. Art.38 Abs.1 EKG: "Der Käufer hat die Sache innerhalb kurzer Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen", i.V.m. Art.11 EKG: "Unter dem Ausdruck "kurzer Frist", in der eine Handlung vorzunehmen ist, versteht dieses Gesetz eine Frist, die unter Berücksichtigung der Umstände so kurz wie möglich ist..."
§ 377 I HGB: "Ist der Kauf für beide Seiten ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich zu untersuchen ... und Anzeige zu machen", wobei unter "unverzüglich" gemäß der Legaldefinition des § 121 I S.1 BGB "ohne schuldhaftes Zögern" verstanden wird. Beide Regelungen haben im Ergebnis die gleichen Auswirkungen.

7) Jayme in: Ehrenzweig/Jayme, Private International Law, Bd.III (1977), S.20 Nr.354 hat dieses Phänomen unter dem Titel "return to status" dargestellt und mit Beispielen belegt.

./.

schon seit 1965 Verbraucherschutzgesetze kennt und diese weiter ausbaut.[8]

Seit Ende der siebziger Jahre zeigt sich die gleiche Entwicklung im deutschen Recht. Gerade in den neuen deutschen Verbraucherschutzgesetzgebungen wird der Begriff Kaufmann neu belebt, um für diesen Personenkreis den Schutzbereich der Gesetze entweder einzuengen[9] oder sie gar vom Schutzbereich gänzlich auszuschließen.[10] Nachdem sich der Deutsche Juristentag 1980 in Berlin mit der Notwendigkeit einer neuen Verbraucherschutzgesetzgebung für den gesamten Kreditverkehr befaßt hat,[11] ist eine neue umfassende gesetzliche Regelung zu erwarten. Ob wiederum der kaufmännische Geschäftsverkehr vom Schutzbereich ausgenommen wird, läßt sich noch nicht absehen. Auch Verbraucherschutzgesetze führen zu einem dualistischen System, demgemäß ein Teil der Rechtsfragen nach unterschiedlichen Normengruppen zu beurteilen sind. Steht neben dem Bürgerlichen Recht sowohl gesondertes Handelsrecht, wie auch gesondertes Verbraucherrecht, besteht sogar die Gefahr eines dreigleisigen Rechtssystems. Dies ist deshalb eine Gefahr, weil die Mög-

---

8) Eingeleitet wurde diese Gesetzgebung durch den Hire-Purchase-Act 1965, der ersetzt wurde durch den Consumer-Credit-Act 1974. Während jene Gesetze den Kreditverkehr schützen, behandelt der Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 und der ihn ersetzende Unfair Contract Terms Act 1977 die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dazu: Schmitz, Haftungsausschlußklauseln (1977), S.52 ff.

9) Vgl. § 24 Satz 1 Nr.1 des dt.AGB-Gesetzes 1976

10) Vgl. § 8 des AbzG von 1894, das in den Jahren 1974 und 1976 so umfassend geändert wurde, daß auch die Abgrenzung gegenüber Kaufleuten als neu bestätigt anzusehen ist.

11) Vgl. die Diskussionsgrundlage von Stauder, Vom Abzahlungskauf zum Konsumentenkredit, ZRP (1980), 217 ff.

./.

lichkeit unstimmiger Entscheidungsgrundlagen besteht. Die Gefahr wird weitgehend vermieden, wenn, wie im deutschen Recht, das gleiche Merkmal für die Abgrenzung des bürgerlichen Rechts zum Handelsrecht einerseits, sowie andererseits zum Verbraucherschutzrecht verwendet wird. Dies ist im deutschen Recht der Begriff des Kaufmanns, der Abgrenzungsmerkmal in beiden Fällen ist.

Eine Dreigleisigkeit des Rechts kann sich schon dann ergeben, wenn die Abgrenzungsmerkmale nicht deckungsgleich sind; so kann eine formularmäßige Vereinbarung einer Vertragsstrafe bei einem Abzahlungsgeschäft nach dreierlei Recht zu beurteilen sein. Gegenüber einem Nichtkaufmann ist sie schlicht unwirksam, § 10 Nr.6 iVm § 24 S.1 Nr.1 dt.AGB-G 1976. Gegenüber einem in das Handelsregister eingetragenen Kaufmann ist die Vereinbarung voll wirksam, denn er unterfällt weder dem Schutz des AGB-Gesetzes, noch dem des deutschen Abzahlungsgesetzes, § 8 AbzG, und auch die Herabsetzungsmöglichkeit nach § 343 BGB ist ihm gegenüber durch § 348 HGB ausgeschlossen. Gegenüber dem nichteingetragenen Kaufmann ist die Vertragsstrafe zwar wirksam, aber sie kann gem. § 4 Abs.1 S.1 AbzG herabgesetzt werden.

Soll eine Dreigleisigkeit vermieden werden, so ergibt sich die rechtspolitische Forderung, § 8 AbzG und § 24 AGB-G anzupassen und auch für weitere Verbraucherschutzgesetze den Kaufmann als Abgrenzungsmerkmal zu verwenden, denn es steht nicht zu erwarten, daß der Kaufmann als das entscheidende Abgrenzungsmerkmal für die Anwendung von Handelsrecht abgelöst wird.

Die Verbraucherschutzgesetzgebung wirft aber auch neue kollisionsrechtliche Fragen für die Anwendung der Gesetze selber auf. Der "Schutz des Schwächeren" wird durch nicht-dispositive Normen erreicht. Da der Verbraucher regelmäßig nur sein eigenes zwingendes

./.

Recht kennen und darauf vertrauen wird, stellt sich im grenzüberschreitenden Verkehr deshalb zunehmend die Frage, ob dieser Schutz nicht unterlaufen wird, wenn nur die jeweiligen zwingenden Normen des Vertragsstatuts,[12] die wegen der Rechtswahlfreiheit mittelbar zur Disposition stünden, anwendbar sind, oder ob nicht Schutzgesetze gesondert anzuknüpfen sind.[13]

Das deutsche AGB-G von 1976 hat sich mit der in § 12 aufgestellten Kollisionsregel für eine Sonderanknüpfung bei ausreichendem territorialen Bezug bzw. bei ausreichender Inlandsberührung entschieden.[14] Diese Regel wird auch bei der Anwendung anderer deutscher Schutzgesetze zu berücksichtigen sein. Ob dagegen § 12 AGB-G allseitig auslegbar ist, erscheint zweifelhaft. Auch Art.7 III EGBGB dient dem Verkehrsschutz und ist als einseitige Kollisionsregel gestaltet.

---

12) So noch Kegel, IPR (1977), S.290

13) In diesem Sinne von Hoffmann, RabelsZ 38 (1974), 396 ff.

14) Auch bei ausländischem Vertragsstatut ist das Gesetz bei einer geschäftlichen Tätigkeit im Inland zu berücksichtigen. Gleiches gilt, wenn die zu schützende Partei bei inländischem Wohnsitz ihre Erklärung im Inland abgibt. Den gleichen Weg geht die Europäische Gemeinschaft in Art. 5 EG-IPR-Übk. für Schuldverhältnisse (1980). Im französischen Recht werden Gesetze, die sich gegenüber den an und für sich anzuwendenden ausländischen Sachnormen durchsetzen, dem "ordre public international" zugerechnet.

./.

2. Wandel im internationalen Privatrecht

Gleichzeitig mit dieser Änderung in der positiven Gesetzgebung vollzog sich ein Wandel des Kollisionsrechts. Anfang des 19.Jahrhunderts dominierte noch eine streng territoriale Auffassung für die Anwendung des Rechts. Für Verträge galt die lex loci contractus-Regel im Sinne einer Generalanknüpfung. Für die Anwendung fremden Rechts blieb kaum Raum. Die Realstatuten und der Gedanke des Verkehrsschutzinteresses überwog, so daß in diesem Bereich fremdes Recht überhaupt nicht, auch nicht im Hinblick auf Vorfragen berücksichtigt wurde.[1] Die Statutentheorie wurde erst Mitte des 19.Jahrhunderts von Waechter erschüttert[2] und von Savigny überwunden. In Italien entwickelte Mancini den Gedanken der Personalität der Gesetze, der im romanischen Rechtskreis überall Eingang fand. Diese neue Entwicklung, wonach die die Person betreffenden Verhältnisse aus Gründen ihres Vertrauensschutzes überall gleich behandelt werden, war Voraussetzung für eine kollisionsrechtliche Betrachtung der Kaufmannseigenschaft.

---

1) Aufschlußreich für die damalige Denkweise z.B. die Äußerung von Rocco zum Konkursrecht: Rocco, Dell'uso II. (1858), S.250: "Il primo principio è. La materia del fallimento per il riflesso che s'ha più all'interesse de'terzi e al destin de'beni del fallito, anzichè alla personalità del fallito medesimo, men avvolge l'applicazion dello statuto personale che dello statuto reale." Eigenes Recht wurde in diesen Fällen in ausschließlicher Weise angewandt, also auch für die Vorfragen. Dazu Rocco, aaO, S.252: "Tanto ne dee parere indubitabile che il fallimento sia tutt'altro che una qualità personale, non si riferisca allo stato dell'individuo, nè involva punto nè nulla l'applicazion dello statuto personale."

2) Wächter, Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, AcP 24 (1841), 230 ff.und Bd.25 (1842), 1 ff., 161 ff., 361 ff.

./.

3. Wandel des internationalen Zivilprozeßrechts

Auch in Bezug auf die gerichtliche Zuständigkeit und das gerichtliche Verfahren wirkte sich die Kaufmannseigenschaft nach damligen Grundsätzen nicht als Anknüpfungsproblem aus. Der Rechtsweg wurde als öffentlichrechtliche Einrichtung angesehen und alle damit in Zusammenhang stehenden Fragen konnten nur nach inländischem Recht entschieden werden. Fremdes Recht wurde erst gar nicht vor das Gericht gebracht.

Traditionsgemäß hatten es Fremde schwer, im Inland den Rechtsweg zu beschreiten.[1)] Das wirkte sich im 19.Jahrhundert noch dahingehend aus, daß Fremde nur bei inländischem Wohnsitz als Kläger zugelassen wurden, während sie allerdings stets verklagt werden konnten.[2)] Dagegen konnten Fremde ohne Wohnsitz, seien sie auch unterschiedlicher Nationalität, nicht im Inland gegeneinander klagen.[3)]

---

1) Eine ausdrückliche Schlechterstellung enthielt Art.13 fr.c.civ.1806, der Fremden die gerichtliche Geltendmachung ihrer Privatrechte nur erlaubte, wenn sie eine Niederlassungserlaubnis besaßen, ihnen also durch einen öffentlichrechtlichen Akt eine Gleichstellung mit Inländern verliehen wurde. Art.13 wurde erst durch das Gesetz vom 10.8.1927 aufgehoben.

2) Vgl. Art.14 und Art.15 fr.c.civ.1806. Nach diesen Vorschriften mußte im Ergebnis auf einer Seite des Prozesses ein Franzose beteiligt sein. Zu der von der Rechtsprechung vorgenommenen Ausdehnung dieser Vorschriften vgl. Riezler, IZPR (1949), 274 ff.; Ferid, Französisches Zivilrecht, I (1971) Nr. 1 D 71 = S.214, sieht das Prinzip der grundsätzlichen Unzuständigkeit französischer Gerichte für Klagen unter Ausländern als praktisch aufgegeben an.

3) Nach Foelix, Traité I (1956), S.293 folgte die Rechtsprechung damals noch der Regel: "... que deux étrangers qui ont contracté soit en France, soit à l'étranger, et dont ni l'un ni l'autre n'a acquis un domicile en France, ne peuvent se traduire l'un l'autre devant les tribunaux français." Doch schon Foelix selber sieht die französischen Gerichte auch in diesem Fall auf Grund einer völkerrechtlichen Verpflichtung als zuständig an, Foelix, Traité I (1856), S.284.

./.

Insofern hatte die Kaufmannseigenschaft damals sogar Einfluß auf die internationale Zuständigkeit, denn von dem Erfordernis eines inländischen Wohnsitzes wurde eine Ausnahme gemacht, wenn es sich um Streitigkeiten unter Kaufleuten bzw. um kaufmännische Streitigkeiten handelte.[4] [5] Dies wurde mit den Bedürfnissen des Handels begründet. Soweit aber die Kaufmannseigenschaft für die gerichtliche Zuständigkeit eine Rolle spielte, wurde sie, wie andere Abgrenzungsmerkmale auch, stets der lex fori entnommen, und zwar unter völligem Ausschluß ausländischen Rechts.[6]

Allerdings hätte es auch in diesen Fällen materiellrechtlich zu Anknüpfungsschwierigkeiten kommen können, jedenfalls bei ausländischem Vertragsstatut. Dem stand jedoch entgegen, daß auch bei Streitigkeiten unter ausländischen Kaufleuten ein inländischer Bezug notwendig war, um die Zuständigkeit des Gerichts zu begründen.

---

4) Foelix, Traité I (1856), S.284 beschreibt die französische Rechtsprechung wie folgt: "..., il n'y a d'exception que lorsqu'il s'agit de contestations entre commerçants, ou en matière d'actes de commerce, tels que les art.631 et suiv. du Code de commerce les définissent, ..."

5) Rocco, Dell'uso II (1856) 192 ff, berichtet von einem Prozeß unter Fremden vor einem Gericht in Neapel und faßt wie folgt zusammen, S.194: "Laonde, è manifesto essere i tribunali del regno competenti a giudicare delle controversie commerciali fra gli stranieri, s'abbian eglino o no fra noi temporanea dimora, quante volte il contratto sia stato fatto nel territorio del regno, o fosse effettuandosi qui la promessa e la tradizion della merce, o fosse della promessa altrove fatta stabilendosi qui la soluzione."

6) Vgl. Foelix, aaO (soeben Fn 4), S.284: "..., tels que les art.631 et suiv. du Code de commerce les définissent."

./.

Dieser Bezug ergab sich regelmäßig aus einem Vertragsschluß im Inland.[7] [8] Damit fand aber gemäß der lex loci contractus-Regel, nach der allgemein Verträge dem Ortsrecht unterstellt wurden, wiederum nur inländisches Recht Anwendung.

Parallel zur Entwicklung des Kollisionsrechts öffneten sich in der Folgezeit die Gerichte auch für Fremde und es wurde vor Gericht auch fremdes Recht zugelassen. Auch heute noch gilt für die Regelung der gerichtlichen Zuständigkeit und des gerichtlichen Verfahrens die lex fori. Aber selbst in diesem Bereich ist die Anwendung fremden Rechts nicht völlig ausgeschlossen. So wird gelegentlich in Scheidungssachen ausländisches Verfahrensrecht von deutschen Gerichten angewandt, um die Anerkennung des Urteils abzusichern.[9]

Nach der heutigen Rechtslage ist im Hinblick auf die internationale Zuständigkeit auch in Handelssachen vor allem das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen von 1968[10] zu beachten. Das Über-

---

7) Bezüglich des italienischen Rechts vgl. soeben Fn.5.

8) Fr.Cour de cass. 10.7.1865 S.1865, I, 350: "En matière commerciale, ..., l'étranger peut, en vertu de l'art.420 c.proc.1806, applicable aux étrangers comme aux Français, être assigné en France par un autre étranger devant le tribunal du lieu où ont été faites l'acceptation ... et la promesse ..."

9) Vgl. dazu Habscheid, Grundsätzliche und aktuelle Fragen zur Scheidung von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1975, 76 (79).

10) abgedruckt bei Jayme/Hausmann (1978) Nr.61 S.142 ff.

einkommen ist auf Zivil- und Handelssachen begrenzt, ohne daß diese Begriffe näher konkretisiert werden.[11] In Frage käme, die Begriffsbestimmung nach der "lex fori" des Erstrichters vorzunehmen.[12] Nach dieser Methode könnte die Kaufmannseigenschaft über den Begriff Handelssache, der bei deutscher lex fori gem.§ 95 GVG auszulegen ist, für die Zuständigkeit von Bedeutung sein, § 95 I Nr.1 GVG. Dagegen hat sich der EuGH für eine übereinkommensautonome Auslegung entschieden.[13]

Doch kann diese Frage, soweit es um die Relevanz der Kaufmannseigenschaft geht, regelmäßig offen bleiben, da das Übereinkommen selber keine Unterscheidung zwischen Handelssachen und sonstigen Zivilsachen trifft.

4. Fremdenrechtliche Regelungen

Dagegen spielen fremdenrechtliche Regelungen für die eingangs gestellte Frage keine Rolle. Handelsbarrieren, die aus dem 18.Jahr-

---

11) Zur Problematik:Nagel, IZPR (1980) III., Nr.53, S.69

12) So der BGH RiW/AWD 1976, 110

13) EuGH, Rechtsprechungsübersicht, Folge 1 (EuGVÜ), (1977), Nr.1 (Rechtssache 29/76), S.5

hundert herrührten,[1] wurden zunehmend abgeschafft. Vorbildlich für die damalige Entwicklung war das französische Recht. Getragen von dem Freiheits- und Gleichheitsgedanken der Französischen Revolution wurden auch ausländische Händler auf den inländischen Märkten zugelassen. So werden in Art.11 fr.c.civ.1806 Fremden unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit[2] die gleichen Rechte zugestanden, wie Franzosen selber,[3] also auch die Gewerbefreiheit.[4]

Erst seit 1938 macht das französische Recht für Kaufleute, wenn sie sich in Frankreich niederlassen wollen, die Ausübung des Handelsgewerbes von der Erteilung einer speziellen Erlaubnis (carte commerçant) abhängig.[5] Soweit in dieser Verordnung der Begriff Kaufmann eine Rolle spielt, wird er wegen ihres Rechtscharakters als öffentlichrechtliche Norm (lois de police) nur nach französischem Recht bestimmt.[6] Folglich ist der Inhaber einer solchen Er-

---

1) Ein Beispiel für Handelsbeschränkungen in Schweden benennt Diena, Trattato I (1900) Nr.14, S.98: Danach bedurften fremde Händler in Schweden einer behördlichen Erlaubnis. Diese Erlaubnis wurde nur für bestimmte Gebiete erteilt und war auf 6 Wochen befristet. Darüberhinaus durfte der Handel nur mit Waren aus dem eigenen Land des Fremden betrieben werden. Diese Beschränkungen wurden 1864 aufgehoben.

2) Dieser Vorbehalt wird konkretisiert durch Art.1 des décret-loi du 17.6. 1938, D.P. 1938.4.337. In der Praxis wird dieser Vorbehalt kaum praktiziert, vgl.Loussouarn-Bredin, Dalloz, Rép.int. I, v.commerçant, Nr.16 (1968).

3) Art.11 fr.c.civ.: "L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Francais par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra."

4) Zu der weiten Auslegung, die der Begriff "droits civils" in Art.11 fr.c. civ. erfährt, vgl. Hamel/Lagarde, Traité I (1954), Nr.361, S.438.

5) Art.1 des décrét-loi du 12.11.1938

6) Hamel/Lagarde, Traité I (1954), Nr.362, S.440

./.

laubnis stets Kaufmann gemäß der Festlegung des französischen Rechts und er wird auch unbeschadet seiner Herkunft nach französischem Recht als Kaufmann angesehen. Hat der betroffene Kaufmann dem Erfordernis einer Erlaubnis nicht genügt, so führt dies zur absoluten Nichtigkeit seiner Handelsgeschäfte.[7)]

Diese Notwendigkeit einer Gewerbeerlaubnis für den Handelsverkehr läßt jedoch das Anknüpfungsproblem nicht fallen. Zum einen betrifft diese fremdenrechtliche Regelung nur Ausländer, die sich in Frankreich niederlassen wollen; sie hat also keinen Einfluß auf die Ausgangsfrage, soweit es sich um einzelne Geschäfte handelt. Zum anderen gilt das Erfordernis nicht für Mitglieder der Europäischen Gemeinschaft[8)] und für Kaufleute aus anderen Ländern, mit denen Frankreich eine Regelung in bilateralen Handelsverträgen getroffen hat. Und Schließlich kann die "carte de commerçant", die aufgrund öffentlichrechtlicher Vorschriften vergeben wird, im Hinblick auf außerhalb des französischen Territoriums geschlossene Verträge grundsätzlich keinen Einfluß auf die Anknüpfungsfrage haben. So wie in Frankreich, verhielt es sich in den anderen europäischen Staaten. Restriktive, den Handelsverkehr beschränkende Maßnahmen, wurden im 19.Jahrhundert abgeschafft.[9)]

Auch heute spielen fremdenrechtliche Regelungen im internationalen Handelsverkehr eine immer geringer werdende Rolle. Im Bereich der Europäischen Gemeinschaft wurde dies abgesichert durch die Art.52 ff

---

7) Cour de Cass., Chambre sociale, 19.7.1957, Clunet 1958, 1036. Ob sich der Fremde seinerseits darauf berufen kann, ist aus Gründen des Verkehrsschutzes bestritten. Vgl. die Anmerkung von Sialelli, aaO, zu dieser Entscheidung.

8) Art.2 der gleichen Verordnung, aaO (soeben Fn.5) in der Fassung vom 28. 8.1969.

9) Dies beobachtete Diena, Trattato I (1900), Nr.14, S.98.

der Verträge von Rom.[10] Das deutsche HGB enthält keine ausländerrechtliche Bestimmung.[11] Gelegentlich finden sich berufsspezifische Regelungen, die aber das Recht auf Gewerbefreiheit im Rahmen der EG berücksichtigen.[12]

---

10) In: Wohlfarth u.a., Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Berlin 1960, S.170

11) Schiedermair, Ausländerrecht (1968), S.477

12) Der Handelsvertreter ist Kaufmann iSd § 1 II Nr.7 HGB. Das italienische Gesetz Nr.316 vom 12.3.1968 verlangt gemäß Art.2 von Handelsvertretern die Einschreibung in die zuständige Rolle. Bis dahin ist diese Berufstätigkeit verboten, Art.9 I, und die entsprechenden Handelsverträge sind nichtig. Dazu Birk, Handelsvertreterrecht (1980), S.21.

./.

II. Die grundlegenden Dogmen des IPR

Nachdem die äußeren Bedingungen für die Anknüpfungsfrage untersucht wurden, könnten wir uns dem Kollisionsrecht zuwenden; doch zuvor ist ein Blick zurück in die ideengeschichtliche Vergangenheit dringend erforderlich. Alle Kollisionsregeln sind Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung. Wenn wir es heute als gesichert ansehen, daß die lex rei sitae maßgeblich ist für dingliche Rechte an Immobilien, so beruht dies auf dem Prinzip der Territorialität. Die Verbindung von ordre public und Souveränität ist offensichtlich und niemand bestreitet, daß die Rechts- und Geschäftsfähigkeit auf Grund des Personalitätsprinzips einem gesonderten Statut unterliegt.

Erheblicher Streit besteht allerdings um die Tragweite und Gewichtung der verschiedenen Prinzipien. Sie wird von den Autoren höchst unterschiedlich beurteilt. Das wirkte sich auch auf die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft aus. Eine Lehre, welche den Status einer Person dem Nationalitätsprinzip unterstellt und die Bindungen zum Heimatstaat zur Grundlage des IPR macht, wird auch die Kaufmannseigenschaft ausländischem Recht unterstellen. Dagegen wird eine Lehre, die vom Dogma der Territorialität bestimmt ist und die dem Verkehrsinteresse den Vorrang einräumt, auch die Kaufmannseigenschaft stets nach dem Ortsrecht beurteilen. Es ist also notwendig, die grundlegenden Prinzipien vorweg darzustellen, um so die jeweilige Gewichtung, die in der einen oder anderen Auffassung zur Lösung der eingangs gestellten Frage zum Ausdruck kommt, besser zu verstehen.

Um das Verständnis und die Auswirkungen besser erkennbar zu machen, ist es nützlich, die Prinzipien in dem geschichtlichen Zusammenhang vorzustellen, in dem sie jeweils besondere Bedeutung erlangten.[1)]

---

1) Eine ausführliche entwicklungsgeschichtliche Darstellung findet sich bei Niederer, Einführung (1956); Gutzwiller, Savigny (1923); ders., Geschichte (1977).

./.

1. Personalitätsprinzip

Das Personalitätsprinzip besagt, daß die Rechtsordnung eines Gemeinwesens ausschließlich für Mitglieder gilt; grundsätzlich wird jeder, gleich wo er sich aufhält, nach seinem Heimatrecht beurteilt.[2] Dieses Prinzip war das entscheidende Kriterium zur Lösung von Gesetzeskollisionen zur Zeit der frühmittelalterlichen Stammesrechte im 9. - 12.Jahrhundert.[3]

Franken und andere germanische Stämme waren in das Gebiet des ehemaligen römischen Reiches eingedrungen und jeder Stamm brachte sein eigenes Recht mit. Daneben galt römisches Recht für die einheimische Bevölkerung. Nach germanischer Rechtstradition galt Stammesrecht immer nur für die Angehörigen des eigenen Stammes. Fremde waren wie Feinde rechtlos gestellt, sofern sie nicht Gastrecht genossen.[4] Hingegen pflegten die Römer den eroberten Völkern ihr eigenes Recht zu belassen. Für sie wurden besondere Gerichte (praetor peregrinus) eingerichtet, die Streitigkeiten unter Fremden nach dem für Römer fremden Recht urteilten.[5]

Diese beiden Grundeinstellungen konnten in idealer Weise zu einem Personalitätsprinzip verbunden werden. Für jeden galt immer nur dasjenige Recht, zu dessen Stamm er gehörte, und dieses Recht wurde von anderen anerkannt. So wurde jeder nach dem Recht des Stammes,

---

2) Gutzwiller, Geschichte (1977), S.7

3) Dazu Niederer, Einführung (1956), S.23 ff

4) Niederer (ebenda), S.93

5) Kegel, IPR (1977), S.71. Anders die Langobarden, die im 7.Jahrhundert, also vor dem Eindringen der Franken, in den besetzten Gebieten allen ihr Recht aufdrängten, Kegel, IPR, S.72.

./.

dem er angehörte, beerbt. Bei einer Heirat von Ehegatten verschiedener Stammeszugehörigkeit, waren die Erfordernisse des einen wie des anderen Stammes zu beachten.[6] Das galt auch bei Verträgen. So beurteilte sich die Formwirksamkeit eines Vertrages hinsichtlich eines Franken nach fränkischem Stammesrecht, während für Einheimische altes römisches Recht galt. Niemand galt zu mehr verpflichtet, als er es bei gleicher Sachlage nach eigenem Stammesrecht gewesen wäre.[7] Somit fanden in der Regel beide Stammesrechte kumulative Anwendung. Praktisch bedeutsam war die Frage, nach welchem Recht jemand lebte (Qua lege vivis?). Diese sog. "professio iuris" ist festgehalten in alten notariellen Urkunden.[8]

2. Universalitätsprinzip

Das Universalitätsprinzip besagt, daß Kollisionsrechtssätze allgemeingültig und überall gleichermaßen anzuwenden sind. Dieses Prinzip fand zunächst seinen Eingang in die italienische Statutentheorie des 13. - 15.Jahrhunderts.

Die stammesrechtliche Struktur der Gesellschaft löste sich immer mehr auf und war schließlich verschwunden. Das Vordringen der Türken in Vorderasien und in östliche Teile Europas bewirkte eine Verlagerung des Handels von Osten nach Westen, also in Gebiete wie Flandern, wo weniger Stammesrecht als territoriale, ländliche Gewohnheitsrechte (coutumes) herrschten. Zudem hatte sich auch in Italien durch die ständige Verbindung der verschiedenen Stammesrechte eigenes gewachsenes Gewohnheitsrecht entwickelt. Die zu be-

---

6) Niederer, Einführung (1956), S.29 Fn 3

7) Niederer, aaO, S.28

8) Beispiele finden sich bei Kegel, IPR (1977), S.72

./.

deutenden Handelszentren emporgestiegenen Städte Oberitaliens gaben sich in Satzungen (statuta) eigenes Recht.[9]

Ein auf Personen bezogenes Kollisionsrecht war nicht mehr in der Lage, die Konflikte zwischen den verschiedenen Partikularrechten und dem daneben geltenden römischen Recht zu lösen. Die italienischen Rechtsgelehrten jener Zeit, die Kommentatoren, hervorzuheben ist Bartolus (1314-1357),[10] versuchten nun nicht, für jedes Partikularrecht eigene Kollisionsregeln aufzustellen. Sie besannen sich auf die gemeinsame römische Rechtstradition. Das gemeine römische Recht beruhe auf der höchsten Autorität, dem Kaiser; es gehe folglich den Partikularrechten vor. Diese könnten nur insoweit gelten, als dies das übergeordnete römische Recht zulasse. Allein aus der Interpretation des römischen Rechts wurden Kollisionsregeln abgeleitet, die nicht nur das Verhältnis des römischen Rechts zu den Partikularrechten, sondern auch deren Verhältnis zueinander abzugrenzen hatten.[11] Entscheidend war, daß diese Kollisionsregeln als allgemein verbindlich angesehen wurden, folglich universell galten.

3. Territorialitätsprinzip

In einem direkten Gegensatz zu einer personenbezogenen Anknüpfung steht eine Anknüpfung, die nach der räumlichen Geltung der Rechtssätze fragt, die folglich von einem Prinzip der Territorialität ausgeht. Dieses Prinzip war Grundlage des Kollisionsrechts in der

---

9) Niederer, Einführung (1956), S.33

10) ausführlich zu Bartolus, Gutzwiller, Geschichte (1977), S.29 ff

11) Ausgangspunkt der kollisionsrechtlichen Betrachtung war die Stelle in Codex Justinianus, 1,1,1: "cunctos populos, quos clementiae nostrae regit ...". Dazu und zu den Ergebnissen, zu denen Bartolus gelangte, Niederer, Einführung (1956), S.40.

./.

französischen Statutenlehre, die insbesondere im 16.Jahrhundert von d'Argentré[12] geprägt wurde.

Die italienische Statutenlehre hatte zwar ihre Regeln verfeinert, vieles aber blieb streitig, weil sich wenig aus den alten römischen Rechtsquellen ableiten ließ. Rechtsunsicherheit war die Folge.[13] Daher wurden in Frankreich die Partikularrechte, also das Gewohnheitsrecht (coutumes), schrittweise für alle Landesteile kodifiziert und erlangten dadurch eine größere Bedeutung.[14] Gesellschaftspolitisch konnte sich der ländliche Feudalismus im 16.Jahrhundert Frankreichs gegen die Krone durchsetzen und diese Position war besser abzusichern durch ein Rechtssystem, das die Anwendung des eigenen Gewohnheitsrechts erlaubte, zu Lasten des von der Krone gesetzten Rechts. Der Besitz von Land war der dominierende Faktor, der Macht und Ansehen verlieh. Die mit dem Boden verbundenen Rechte erstreckten sich auch auf die einfache Landbevölkerung, die Leibeigenen. Auf diesem Hintergrund stützte sich die Lehre von der Territorialität des Rechts.

Ansätze finden sich schon bei Revigny und de Belleperche, die schon Ende des 13.Jhdt. die Streitfrage nach der sog. 'quaestio anglica', also danach, ob die englische Regel, nach der allein der Erstgeborene erbt, auch hinsichtlich französischer Grundstücke gelte, verneinten und dies damit begründeten, daß sich der räumliche Geltungsbereich nicht auf französisches Gebiet erstrecke; vielmehr sei auf das Gewohnheitsrecht des Belegenheitsorts abzustellen.[15]

---

12) d'Argentré lebte von 1519 - 1590. Er war bretonischer Adeliger und oberster Richter seiner Heimat. Ausführlich zu d'Argentré: Gutzwiller, Geschichte (1977), S.85 ff

13) Kegel, IPR (1977), S.75

14) Niederer, Einführung (1956), S.45

15) Kegel, IPR (1977), S.76

./.

Diese, in der Folgezeit weiterentwickelten Ansätze, verdichteten sich durch den bestimmten Einfluß d'Argentrés zu folgendem System: Rechtssätze gelten grundsätzlich nur für Sachen und Personen innerhalb des Territoriums. Lediglich Rechtssätze, die sich ausschließlich auf die Person beziehen, können ausnahmsweise exterritoriale Wirkung haben. Daraus ergibt sich die klassische Dreiteilung der französischen Statutenlehre:

a) Zu den "statuta realia" zählen alle Vorschriften, die Auswirkungen auf Grundstücke haben. Für sie gilt stets das Recht der lex rei sitae. Dazu gehören insbesondere Verträge über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken, aber auch alle erbrechtlichen Vorschriften, wenn sie sich auf Grundstücke beziehen. Hinterläßt ein Erblasser Grundstücke in verschiedenen Territorien, so gilt das jeweilige Erbrecht.[16)]

b) Zu den "statuta personalia", die sich nach der lex domicilii richten, gehören alle Vorschriften, die sich hauptsächlich auf die Rechte und Eigenschaften von Personen beziehen. Hauptsächlich, das beinhaltet die Einschränkung, daß z.B. die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person bei Verträgen über Immobilien wiederum zu den statuta realia zählt, weil der räumliche Bezug dominiert (absolute Territorialität).[17)]

c) Die Gruppe der "statuta mixta", die gemäß der lex-loci-Regel anzuwenden sind, umfaßt Handlungen, Verträge und Delikte, soweit sie keinen Bezug zu Grundstücken haben.

---

16) Kegel, IPR (1977), S.80. Diese Lehre wirkt heute noch in den Vereinigten Staaten durch das Prinzip der Nachlaßspaltung fort.

17) Kegel, IPR (1977), S.80; Niederer, Einführung (1956), S.48 Fn.15.

./.

Der räumliche Bezug der dritten Regel ist genauso offensichtlich wie der der ersten Regel. Doch das auch über die zweite Regel zur Anwendung gelangte Domizilrecht, das heute noch im anglo-amerikanischen Rechtskreis über die Eigenschaften der Personen befindet, hat einen territorialen und feudalistischen Ausgangspunkt, denn es brachte wiederum die Partikularrechte und nicht das Recht der Zentralgewalt zur Anwendung.

Der Territorialismus war die allgemein anerkannte Grundlage des Kollisionsrechts bis zur zweiten Hälfte des 19.Jahrhunderts.

4. Souveränitätsprinzip

Das gegen Ende des 16.Jahrhunderts in Europa aufkommende Dogma der einzelstaatlichen Souveränität[18] hatte prägenden Einfluß auf das Kollisionsrecht und dies kam deutlich in der niederländischen Statutentheorie des 17.Jahrhunderts, der Lehre von der sog. "comitas gentium", zum Ausdruck, wie sie besonders von Ulrich Huber (1636 - 1694) geprägt wurde.[19]

Die Flandern und die Niederländer hatten erbittert die nationale Unabhängigkeit erkämpft und waren begeisterte Anhänger der Auffassung einer absoluten einzelstaatlichen Souveränität.

Im rechtlichen Bereich findet der Souveränitätsgedanke seinen wesentlichen Inhalt in der absoluten Gesetzgebungs- und Rechtsanwendungshoheit des Einzelstaates. Im Kollisionsrecht bewirkte dies den Übergang von einem feudalistischen Territorialitätsprinzip zu einem Prinzip, nach dem der räumliche Geltungsbereich der

---

18) gem. Kegel, IPR (1977), S.81 hatte Bodin den Begriff in seinen "six livres de la République", 1576, entwickelt.

19) Zu Huber ausführlich: Gutzwiller, Geschichte (1977), S.155 ff

./.

Normen bestimmt wurde durch den Machtbereich des Souveräns. Seine Macht übte der Souverän auch über die sich innerhalb der Staatsgrenzen aufhaltenden Fremden aus. Gemildert wurde der prinzipielle Ausschluß fremden Rechts nur durch den Gedanken, daß die souveränen Staaten aufeinander Rücksicht zu nehmen haben, des gemeinsamen Vorteils willen. Diese Anschauung faßte Huber zu folgendem Grundsatz zusammen:[20] "Die Lenker der Reiche kommen sich darin entgegen (ita comiter agunt), daß die Rechte eines jeden Volkes, die innerhalb seiner Grenzen ausgeübt werden, überall ihre Wirkung behalten, sofern in nichts vorgegriffen wird der Hoheitsgewalt oder dem Recht des anderen Herrschers und seiner Bürger." Es lag also in der Hand eines jeden Souveräns, die Anwendung fremden Rechts freundlicherweise zuzulassen. Daher leitet sich auch der Name der sog. "comitas-gentium"-Lehre ab. Kollisionsrecht beruht auf Souveränitätskonflikten; der völkerrechtliche Ansatz wird deutlich. Während die Staaten noch nach der Lehre Hubers völlig frei waren, ob und wie weit sie fremdes Recht zulassen, verwandelte sich die Möglichkeit der Berücksichtigung fremden Rechts immer mehr zu einer gegenseitigen Pflicht. Dies führte später über die Bildung von Gewohnheitsrechtssätzen dazu, daß kollisionsrechtliche Systeme auf völkerrechtlicher Grundlage entwickelt wurden.[21]

Ein Prinzip der Territorialität steht im Gegensatz zu einer personenbezogenen Anknüpfung. Eine territoriale Abgrenzung, bei der fremdes Recht nur nach Belieben zugelassen wurde, ließ sich nicht mit den Gedanken eines römischen Universalismus vereinbaren.

---

20) Zitiert gem. Kegel, IPR (1977), S.82

21) So z.B. im anglo-amerikanischen Rechtskreis, dem über Story die comitas-Lehre vermittelt wurde. Diese Lehre wurde dort weiter ausgestaltet, anstelle der von Savigny und Mancini in Europa eingeleiteten Entwicklung. In den Vereinigten Staaten, einer Vielvölkergemeinschaft, spielte jedoch der Gedanke der völkerrechtlichen Verpflichtung im Kollisionsrecht keine entscheidende Rolle.

./.

Schon damals galt Kollisionsrecht jeweils nur im eigenstaatlichen Bereich. Es ist auf den Einfluß der Souveränität zurückzuführen, daß wir heute unser Kollisionsrecht als nationales Recht auffassen. Die Existenz einseitiger Kollisionsnormen beruht darauf, daß sich der Gesetzgeber nur souverän glaubte, die Reichweite seines eigenen Rechts zu bestimmen.

III. Die grundlegenden Schulen des modernen IPR

Es kann nicht deutlich genug hervorgehoben werden, welche Bedeutung Savigny und Mancini für das heutige IPR zukommt. Beide bemühten sich, wenn auch auf verschiedene Weise, um die Überwindung der Statutenlehre. Auf ihren Vorschlägen bauten alle nachfolgenden IPR-Lehrer auf. Manche haben sich sogar diesen Lehren völlig angeschlossen.

Wegen ihres weitreichenden Einflusses gerade auch auf die Autoren, die sich später zur Kaufmannseigenschaft geäußert haben, ist es nützlich, ihre Lehren vorweg darzustellen, auch wenn sie sich selber, soweit ersichtlich, nicht zu der gestellten Frage geäußert haben.[1)]

---

1) Diese Aussage ist, soweit es Mancini betrifft, umso erstaunlicher, als von ihm nicht nur weite Teile des Kollisionsrechts stammen, sondern auch das it.Handelsgesetzbuch von 1882, dessen Entwurf von ihm begründet wurde: Mancini, Relazione del Ministro di grazia e giustizia e dei culti od esposizione dei motivi del progetto de codice di commercio pel Regno d'Italia, Rom 1878. Art.58 des it.c.com.1882 enthält in Abänderung der Art.6 ff it.c.civ.1865 eine generelle Regelung des Kollisionsrechts für den Handelsverkehr. Die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft ist darin jedoch nicht geregelt worden. Die Kaufmannseigenschaft ließe sich allenfalls unter dem Begriff "riquisiti essenziali delle obligazioni" subsumieren. Jedoch werden mit diesem Begriff nur diejenigen Erfordernisse erfaßt, die Art.1104 it.c.civ.1865 benennt. Dies wurde von Mancini selbst so erläutert: Mancini, aaO, S.309, in Kommentierung des Art. 57 des Entwurfs, der später Art.58 des Gesetzes wurde. Da die Kaufmannseigenschaft sich nicht unter den Begriff "capacità", Rechts- und Geschäftsfähigkeit, einordnen läßt, enthalten die italienischen Kollisionsnormen eine Lücke.

1. Savigny

Savigny[2] hatte sich zunächst mit der "comitas"-Lehre auseinanderzusetzen. Schon zuvor hatte Wächter die Statutenlehre erschüttert,[3] als ihr Überwinder wird aber Savigny angesehen. Er geht von der Rechtsgleichheit zwischen Einheimischen und Fremden aus,[4] eine Erkenntnis, die auf der Idee der Aufklärung und der Französischen Revolution beruht.[5] Der wachsende Verkehr zwischen den Völkern müsse zu einer "wünschenswerten Gegenseitigkeit in der Behandlung der Rechtsverhältnisse" führen.[6] Folgerichtig erstrebte Savigny, daß die Rechtsverhältnisse dieselbe Beurteilung zu erwarten haben, "ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urteil ge-

---

Forts.v.Fn.1):

Daß das Problem vermutlich übersehen wurde, hat verschiedene Gründe. Zum einen war die Kaufmannseigenschaft erst seit der durch das ADHGB von 1861 eingeleiteten Entwicklung für die Anwendung von Handelsrecht maßgeblich. Vgl. die Darlegung oben S.16 ff. Zum anderen ähnelten sich in dieser Zeit die Kataloge der Tätigkeiten, die zur Kaufmannseigenschaft führen konnten so sehr, daß die Anknüpfungsfrage regelmäßig dahingestellt bleiben konnte. Die Möglichkeit der Erlangung der Kaufmannseigenschaft allein auf Grund einer Eintragung in ein Register bestand noch nicht.

2) Sein "System des heutigen römischen Rechts", Band 8, erschien 1849 in Berlin. Zu Savigny: Gutzwiller, Savigny (1923), und neuestens: Sturm, Jus Commune VIII (1979), 92.

3) Wächter, aaO (S.27 Fn.2)

4) Savigny, 25

5) Sturm, aaO (Fn.2), S.106

6) Savigny, 26

./.

sprochen werde"[7] Die somit erstrebte internationale Entscheidungsharmonie lasse sich nur erreichen, wenn "bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist".[8] Und an späterer Stelle fügte er hinzu: "worin dasselbe seinen Sitz hat".[9]

Die Anwendung fremden Rechts unterliegt allerdings zwei Einschränkungen.

Das sind zum einen die Gesetze von "streng positiver, zwingender Natur",[10] die aus sittlichen Gründen oder Gründen des öffentlichen Wohls stets angewendet sein wollen.[11] Sie stellen sich dar als ein ordre public in positiver Funktion,[12] der also zur Anwendung des eigenen Rechts führt, ohne daß das fremde überhaupt geprüft würde. Savigny benennt als Beispiel Gesetze, die den Juden den Erwerb von Grundbesitz verwehren.[13] Zum anderen könnten Rechtsinstitute eines fremden Staates nicht angewendet werden, "deren Dasein in den unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist, ...", wie z. B. die Sklaverei.[14]

---

7) Savigny, 27

8) Savigny, 28

9) Savigny, 108. Damit hatte Savigny eine Generalklausel geschaffen, die später viele Autoren mit unterschiedlichstem dogmatischem Hintergrund erlaubte und verleitete, sich auf Savigny zu berufen.

10) Savigny, 33

11) Savigny, 36

12) Allerdings wurde der Begriff ordre public von Savigny nicht verwendet.

13) Savigny, 36

14) Savigny, 37

Diese beiden Einschränkungen werden aber, wie sich aus den angeführten Beispielen ergibt, als absolute Ausnahme verstanden.[15] Mit seiner Lehre vom Sitz des Rechtsverhältnisses erstrebt Savigny ein universelles Konzept zur Lösung von kollisionsrechtlichen Problemen. Dies bedurfte einer neuen dogmatischen Rechtfertigung, denn der Grundsatz von der einzelstaatlichen Souveränität steht einem solchen System entgegen. Die Berücksichtigung fremden Rechts beruhe auf der "freundlichen Zulassung unter fremden Staaten".[16] Wenn auch der Begriff der comitas-Lehre entlehnt zu sein scheint,[17] so versteht Savigny darunter etwas gänzlich anderes, denn die Zulassung fremden Rechts könne nicht als "Ausfluß bloßer Großmuth oder Willkür" gedacht werden,[18] sondern im Wege fortschreitender Rechtsentwicklung werden sich gemeinsame, für alle Staaten verbindliche Regeln entwickeln. Nicht die einzelstaatliche Souveranität, sondern die sich aus der "völkerrechtlichen Gemeinschaft unabhängiger Staaten"[19] ergebenden Pflichten werden in den Vordergrund gestellt. Savigny ging wohl davon aus, daß die comitas-Lehre noch

---

15) Savigny, 33. Der o.p. mit negativer Funktion führt zum Ausschluß fremden Rechts. Ausführlicher zum Verständnis Savignys vom ordre public: Schwander, Ausnahmen (1975), S.129 f.

16) Savigny, 28; insofern nicht ganz korrekt, Sturm, aaO (soeben Fn.2) (1979), S.106, der zu pauschal ausführt: "Für Savigny beruht die Geltung fremden Rechts nicht auf dem Gedanken freundlicher Zulassung unter souveränen Staaten, ..."

17) Allerdings verwendet Savigny den Plural, während die comitas-Lehre die freundliche Zulassung durch jeden einzelnen Staat meinte.

18) Savigny, 28

19) Savigny, 29

./.

[illegible] Anwendung [illegible] es [illegible] aber gerade darauf an, für alle Staaten verbindliche Regeln zu schaffen, die überstaatliche [illegible] haben,[20] und insofern ist es berechtigt, ihn als Überwinder der alten Lehre anzusehen.[21]

Es wäre falsch, Savignys Vorschlag als völkerrechtliches Kollisionsrecht zu bezeichnen. Die Äußerungen Savignys zum Völkerrecht dienen nur dazu, überzeugt die Anwendung fremden Rechts und die Gleichstellung der Fremden zu rechtfertigen.[22] Damit ist für Savigny der Weg frei für die Lehre vom "Sitz des Rechtsverhältnisses", auch nach der Suche der richtigen Anknüpfung im Wege einer analytischen Methode, die [illegible] dem System des materiellen Rechts folgen.

Savigny hat sich nicht zur Anknüpfung der Staatsangehörigkeit geäußert. Die bedeutendste Frage der Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person und sonstige Statusfragen unterliegen auch bei Savigny, wie schon gemäß der Statutentheorie, dem Wohnsitzrecht.[23] Diese Regel beruht bei Savigny auch auf der territorialen Unterworfenheit des Einzelnen,[24] denn eine stammesmäßige Bindung der Person, wie sie etwa dem römischen "forum originis"[25] zugrunde lag, wird ausdrücklich abgelehnt.[26]

---

20) Savigny, 29

21) Sturm, aaO (oben Fn.2) (1979), S.106

22) In diesem Sinne auch Berber, Völkerrecht, Lehrb. Bd. [illegible] (1975), S.[illegible] ([illegible]); gen. Sturm, aaO (oben Fn.2) (1979), S.106, der Savigny [illegible] entpolitisiert.

23) Savigny, 134

24) Savigny, 95

25) Auch heute noch kennt das englische Recht ein sog. "domicile of origin", das eine Person nicht verlieren kann, denn es lebt wieder auf, wenn ein anderes "domicil of choice" wieder aufgegeben wird.

26) Savigny, 96

Allerdings wird die Unterscheidung zwischen der Eigenschaft als solchen, etwa minderjährig zu sein, und den Wirkungen, die sich daraus ableiten, abgelehnt.[27] Dies gilt auch bei Verträgen über Grundstücke, die früher insgesamt den Realstatuten unterstanden.[28] Es ist damit anerkannt, daß auf ein und dasselbe Vertragsverhältnis hinsichtlich der Rechts- und Handlungsfähigkeit gesondertes Recht anzuwenden ist.

---

27) Savigny, 135 ff

28) Dazu: Savigny, 138

./.

2. Mancini

Einen anderen Weg zur Überwindung der Statutentheorie schlug Mancini, der Begründer der neuen "italienischen Schule" ein.[1] Sein System des Kollisionsrechts beruht auf drei Prinzipien.

Gemäß dem Nationalitätsprinzip ist die Gruppe der Normen, die dem Parteiinteresse dienen, dem nationalen Gesetz der Person zu entnehmen. Hingegen werden vom territorialen ordre public alle Rechtssätze im öffentlichen Interesse erfaßt; sie gelten für das Gebiet des Staates. Das Prinzip der Freiheit mündet in eine Privatautonomie, die als Rechtsauswahlsfreiheit verstanden wird.[2]

Das Nationalitätsprinzip fand über das Völkerrecht Eingang in das IPR der italienischen Schule, denn der Begriff der Nation, auf dem das kollisionsrechtliche Prinzip basiert, war der wichtigste Leitgedanke, unter dem die italienische Bevölkerung Anfang des 19.Jahrhunderts nach Einheit strebte, die schließlich 1861 erreicht wurde. Zuvor hatte Mancini[3] in seiner berühmten Antrittsvorlesung 1851 in Turin die Forderung aufgestellt, den Begriff der Nationalität zur Grundlage des Völkerrechts zu machen.[4] Der Begriff der Nation beinhaltet das Postulat zur Bildung eines Staates, dem alle Personen angehören, die nach Gebiet, Rasse, Sprache, Gewohnheit, Rechtstradition, Geschichte und Religion zusammengehören.[5] Nur ein

---

1) Darstellungen zu seiner Lehre finden sich bei: Niederer, Einführung (1956) S.64 ff und neuestens bei Jayme, Mancini (1980).

2) Vgl. mit Nachweisen: Jayme, a.gl.O., S.3 f; Niederer, a.gl.O., S.65

3) Mancini war Neapolitaner und vor fremder Herrschaft nach Piemont geflüchtet.

4) Mancini, Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, Torino 1851

5) Vgl. Gutzwiller, Savigny (1923), S.150, Fn.1

./.

solcher Staat sei lebensfähig.[6] Die Übernahme dieses Prinzips in das IPR bedeutete, wie Jayme sagt,[7] daß "jeder Mensch in seinen persönlichen Verhältnissen nach seinem ihm gemäßen und vertrauten Heimatrecht beurteilt werden soll". Die Reichweite der Rechtssätze im Interesse der Person kann sehr genau den Einführungsvorschriften des italienischen Zivilgesetzbuches von 1865 entnommen werden.[8] Das "nationale" Gesetz[9] bestimmt nicht nur die Rechts- und Handlungsfähigkeit,[10] das Familien-[11] und Erbrecht,[12] sondern auch die Rechte an beweglichen Sachen.[13]

Damit wurde entscheidendes Gewicht auf die abstammungsmäßige Gebundenheit der Person gelegt, anders als Savigny, der über das Wohnsitzrecht die örtliche Einbindung hervorhebt.[14]

---

6) Niederer, Einführung (1956), S.64, Fn.2, hatte auf die Verbindung Mancinis zur Philosophie Vicos hingewiesen, wonach die Dinge außerhalb ihres natürlichen Zustandes keine Dauer haben können.

7) Jayme, Mancini (1980), S.3

8) Diese Normen sind nicht nur von Mancini inspiriert, sondern gar selber verfaßt worden, jedenfalls weitgehend, worauf Jayme, a.gl.O., S.7, hingewiesen hat.

9) Nicht alle Staaten bilden eine Nation im Sinne des Völkerrechts. Im Rahmen des IPR kann der Begriff Nation dem der Staatsangehörigkeit gleichgesetzt werden.

10) Art.6 disp.prel.c.civ.1865. Eine von Mancini selbst verfaßte französische Übersetzung der Kollisionsnormen des italienischen Gesetzbuches von 1865 findet sich auf S.299 f des von Mancini verfaßten Berichts, den er 1874 dem "Institut de droit international" vorlegte und in dem er seine grundlegenden Gedanken zum Kollisionsrecht zusammenfaßte: Mancini, L'utilité, Clunet (1874), S.221 ff, S.285 ff.

11) Art.6 disp.prel.c.civ.1865

12) Art.8 disp.prel.c.civ.1865

13) Art.7 Satz 1 disp.prel.c.civ.1865

14) Richtig ist zwar, daß sich Savigny nur schwer für ein Nationalitätsprinzip hätte entscheiden können, da es in Deutschland ein nationales Gesetz überhaupt nicht gab. Jedoch hätte er sehr wohl einer abstammungsmäßigen Gebundenheit auf dem halben Wege über ein "domicile of origine" entgegenkommen können, was Savigny unter Zurückweisung der römischen "lex originis" ablehnte, Savigny, S.95 ff.

Dem Respekt für die Person steht im System Mancinis die Souveränität des Staates gegenüber. Kollisionsrechtlich werden alle Rechtssätze im öffentlichen Interesse dem territorialen Recht unterstellt. Dazu zählen auch die Rechtsverhältnisse an Grundstücken,[15] die Vorschriften über die gerichtliche Zuständigkeit und das Verfahren[16] und die Straf-, Polizei- und Sicherheitsgesetze.[17]

Die territoriale Geltung dieser Rechtssätze leitet Mancini aus dem Völkerrecht ab.[18] Es seien Gesetze des ordre public, der nicht Ausnahme im Sinne des heutigen Kollisionsrechts, sondern als tragendes Prinzip des IPR verstanden wird.[19] Mit dieser von Mancini begründeten sog. "romanischen" Lehre vom ordre public[20] ist neben das Nationalitätsprinzip das Territorialitätsprinzip als zweites Grundprinzip des Kollisionsrechts getreten,[21] wenn auch das erstere dominiert. Hinzuweisen ist noch auf den universellen Charakter des von Mancini konzipierten Kollisionsrechts. Dies kommt besonders augenfällig durch die Schaffung von allseitigen Kollisionsnormen zum Ausdruck. Während noch der französische Code civil von 1806 in einseitiger Weise nur für Franzosen hinsichtlich der Rechts- und Geschäftsfähigkeit französisches Recht verordnete,[22] stellt

---

15) Art.7 Satz 2 disp.prel.it.c.civ.1865

16) Art.10 disp.prel.c.civ.1865

17) Art.11 disp.prel.c.civ.1865

18) Mancini, L'utilité, Clunet 1874, 298

19) Darauf hat deutlich Schwander, Ausnahmen (1975), 155, hingewiesen; vgl. auch Mancini, aaO (Fn.18), 284 Fn.2.

20) Niederer, Einführung (1956), S.284 Fn 2)

21) Schwander, Ausnahmen (1975), 154

22) Art.3 II fr.c.civ.1806: Les lois concernant l'état et la capacité des personnes, régissent les Français, même résidant en pays étrangers.

sich der "Code Mancini" unterschiedslos auf die Person (persona) ab.[23)]

Es ist erstaunlich, wie schnell die Lehre Mancinis in Italien und von dort im gesamten romanischen Rechtskreis Fuß fassen konnte. Dies wird verständlich, wenn man bedenkt, daß Mancini auf die italienische Rechtstradition zurückgreifen konnte, denn die Personalität des Rechts, welche die frühmittelalterlichen Stammesrechte beherrschte,[24)] wird in anderer Form neu belebt. Und auch der Universalismus der italienischen Statutentheorie[25)] erfuhr eine Erneuerung. Mancinis Lehre entsprach nicht nur dem Zeitgeist, sondern war auch historisch gerechtfertigt.

IV. Kollisionsrechtssysteme und Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft

Bislang sind die IPR-tragenden Prinzipien und die für das moderne IPR grundlegenden Schulen sozusagen vor die Klammer gezogen dargestellt worden. Nunmehr werden die Ideen einiger Autoren vorgestellt, die sich zur anknüpfenden Kaufmannseigenschaft geäußert haben.

Es geht in diesem Abschnitt weniger um die Ergebnisse, zu denen die Autoren hinsichtlich der gestellten Frage gelangt sind, wichtiger ist vielmehr die Darstellung der tragenden Ideen, des grundlegenden Systems dieser Autoren und wie ihre Vorschläge in diesem Hintergrund verankert sind.

---

23) Art.6 it.c.civ.1865: Lo stato et la capacità delle personne, ..., sono regulati della legge della nazione a cui esse appartengono.

24) Vgl. oben S.36 f.

25) Vgl. oben S.37 f.

./.

Der Schwerpunkt in der Wiedergabe der verschiedenen Lehrmeinungen liegt in der Herausarbeitung des Ansatzpunktes zur Lösung der eingangs gestellten Frage. Gelegentlich ist jedoch eine umfassendere Darstellung notwendig, denn so bedarf es z.B. bei einer Lösung des Problems über das Personalstatut einer knappen Darstellung des territorialen Bezugs, um einschätzen zu können, welche Gewichtung der Autor dem Personalstatut zukommen läßt. Die verschiedenen Systeme sollen möglichst geschlossen dargestellt werden, die kritische Auseinandersetzung erfolgt im Rahmen der Überprüfung der verschiedenen Anknüpfungsregeln, die vorgeschlagen wurden.

Bei meiner Suche habe ich etwa 70 Äußerungen zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft gefunden,[1)] doch beeile ich mich hinzuzufügen, daß die Frage oft nur eine Erwähnung in Fußnoten, meistens eine Behandlung in wenigen Sätzen und selten eine mehrseitige Würdigung erfuhr.

Die Vielzahl gebot eine Auswahl, wobei in diesem ideengeschichtlichen Teil der Vorzug jenen Autoren zukam, die in der Rechtslehre wegen ihres eigenen Anknüpfungssystems eine besondere Stellung einnehmen. Dagegen wurden andere, vor allem zeitgeschichtlich jüngere Autoren, die sich zumeist an rein pragmatischen Gesichtspunkten orientieren, unberücksichtigt gelassen, selbst wenn sie sich ausführlich zur Ausgangsfrage geäußert haben. Ihre gewichtigen Beiträge finden Eingang in dem Abschnitt, in dem die verschiedenen vorgeschlagenen Regeln jede für sich zusammenfassend behandelt und kritisch überprüft werden.

Es ist kein Zufall, daß bei der Auswahl überwiegend französische Autoren zu berücksichtigen waren. Auf deutschem Boden finden sich

---

1) Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die Belege im 3.Hauptteil, insbesondere in Abschnitt III., verwiesen.

in der Zeit nach Savigny, sieht man von von Bar ab, kaum bedeutende Arbeiten. Die Autoren widmeten sich eher den verschiedenen partikularen Landesrechten. Nach der Schaffung des EGBGB 1897 standen positivistische Methoden im Vordergrund.

Italien war weitgehend auf die Gesetz gewordenen Grundbegriffe Mancinis festgelegt. Hingegen war Frankreich gesetzlich nur durch die allen Grundhaltungen zugängliche Kollisionsnorm des Art.3 c.civ. 1806 gebunden. Man war offen für die Ideen aus der eigenen Tradition, für die Neuerungen Savignys und Mancinis und auch für Rückflüsse aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis. Diese Konstellation ermunterte zur Herausarbeitung eigener Kollisionsrechtssysteme. Die Auffassungen waren - und sie sind es heute noch - so verschieden, daß von einer Französischen Schule in dem Sinne nicht gesprochen werden kann.

Daran mußte auch eine Aufgliederung der vorzustellenden Autoren in Ideengruppen scheitern. Man bediente sich der alten historischen Dogmen, gewichtete sie in verschiedenster Weise und formte daraus unterschiedliche Theorien und Systeme. Nicht die Suche nach Gemeinsamkeiten, sondern die Abgrenzung insbesondere von verwandten Auffassungen steht im Vordergrund.[2)] Alle diese Autoren sind Individualisten.

Deshalb wurde eine, an den Erscheinungsjahren der Werke orientierte, zeitliche Reihenfolge gewählt. Sie hat zudem den Vorzug zu unterstreichen, wie unterschiedlich die Auffassungen in gleichen Zeiträumen waren.

---

2) Vgl. etwa die deutliche Kritik von Bars an Savigny, v.Bar, Theorie, I (1889), 76 ff, und die Beobachtung Gutzwillers, Savigny (1923), 70, dergemäß von Bars Begriff von der "Natur der Sache, ein direktes Derivat aus dem Hauptgesichtspunkt Savignys" sei.

./.

1) Asser[1)]

Der Niederländer Asser hatte sich zunächst mit der comitas-Lehre auseinanderzusetzen. Er verwirft sie aus zwei Überlegungen: zum einen dürfe es nicht dem Richter überlassen bleiben, ob er wahlweise aus Gründen der Höflichkeit fremdes Recht anwenden wolle, denn wenn der Richter nicht verpflichtet sei, fremdes Recht anzuwenden, sei er auch dazu nicht ermächtigt.[2)] Zum anderen sei der Prozeß nicht dazu bestimmt, neue Rechte zu schaffen, sondern bestehende Rechte anzuerkennen.[3)] Dies werde verkannt, wenn stets die lex fori angewendet werde.

Asser nimmt den Standpunkt ein, daß es selbst bei fehlender gesetzlicher Regelung Richtlinien gebe, entsprechend denen der Richter das anzuwendende Recht zu bestimmen habe.[4)]

Asser schließt sich ausdrücklich Savigny an, denn man müsse in jedem Fall das in seiner Natur anwendbare Recht suchen, ohne Unterschied, ob es sich um inländisches oder ausländisches Recht handle.[5)]

---

1) Asser veröffentlichte sein "D'Esquisse du droit international privé" 1879 in La Haye. Zitiert wird aus der mit Anmerkungen versehenen Übersetzung ins Französische von Rivier, Éléments de droit international privé, Paris 1884.

2) Asser-Rivier, Nr.8, S.32: "S'il (le juge) n'est pas obligé d'applique la loi étrangère, il n'est pas non plus autorisé à l'appliquer."

3) Asser-Rivier, Nr.8, S.32: "Le Procès, en général, n'est pas destiné à créer des droits nouveaux, mais à faire reconnaître les droits existants."

4) Asser-Rivier, Nr.8, S.29.

5) Asser-Rivier, Nr.8, S.31: "La tâche de cette discipline est précisément, comme le dit Savigny, de chercher, à propos de chaque fait juridique, quelle loi le régit à raison de sa nature même, et d'appliquer cette loi sans distinguer si elle est nationale ou étrangère."

./.

Als Anknüpfungspunkte benennt Asser die Natur der Streitigkeit und die juristisch relevanten Tatsachen, die Nationalität der Parteien oder ihr Domizil, den Ort des Vertragsschlusses und den Erfüllungsort.[6] [7]

Als persönliche Anknüpfung entscheidet sich Asser zugunsten des Nationalitätsprinzips.[8] Dem Personalstatut wurde für die damalige Zeit eine beachtliche Stellung eingeräumt, denn es sei auch anwendbar bei Geschäften mit unbeweglichen Sachen und anderen Realrechten.[9] Allerdings machte Asser Ausnahmen für gewisse Ge- und Verbotsgesetze, die aus Gründen der öffentlichen Moral und im sozialen Interesse ausschließlich dem eigenen Recht unterlägen.[10]

Die Meinung Assers scheint weitgehend von Savigny inspiriert zu sein, allerdings mit der Modifikation, dem Recht der Staatsangehörigkeit als Personalstatut den Vorzug zu geben.

Das Handelsrecht behandelt Asser in einem besonderen Abschnitt. Die Kaufmannseigenschaft sei nach dem Gesetz des Landes zu bestimmen, wo die Person die Handlungen begangen habe oder in dem sie

---

6) Asser-Rivier, Nr.9, S.32: "La nature de la cause et du fait juridique, la nationalité des parties ou leur domicile, le lieu du contrat, celui de l'exécution de l'obligation, toutes ces circonstances et d'autres encore lui (au juge) montreront quelle est la loi applicable dans chaque cas particulier."

7) Asser sieht beachtliche Unterschiede in der Anwendung dieser Kriterien voraus, es sei aber notwendig, gerechte Prinzipien zu finden, um so eine gesetzliche Regelung vorzubereiten, Asser-Rivier, Nr.9, S.32.

8) Asser-Rivier, Nr.22, S.55.

9) Asser-Rivier, Nr.19, S.48.

10) Asser-Rivier, Nr.25, S.59: "Certaines règles concernant l'état et la capacité ont un caractère inpératif ou prohibitif, de telle sorte que tout droit étranger divergent doit être exclu, pour des motifs de morale publique et d'intérêt social."

das Gewerbe betreibe. Werde das Gewerbe in verschiedenen Ländern betrieben, sei das Recht der Hauptniederlassung maßgeblich.[11)]

Diese Ausführungen ließen eine Interpretation zu, nach der eine einzige Handlung in einem Land genügen soll, die Person entsprechend jenem Recht zu beurteilen.[12)] Würde Asser in diesem Sinne verstanden, d.h. genügte die Kaufmannseigenschaft nach der lex locus actus, führte dies zu einer Spaltung der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft, da es nach Asser ja auch ausreichen soll, wenn der Betroffene nach dem Recht des Ortes, an dem das Gewerbe ausgeübt wird, Kaufmann ist.

Diese Deutung verträgt sich jedoch nicht mit der oben dargestellten Grundhaltung von Asser. Die Aufstellung einer lex loci actus-Regel bedeutete eine rein territoriale Bestimmung der Kaufmannseigenschaft. Asser hatte aber die Statutenlehre überwunden und dem Personalstatut einen weiten Bereich eingeräumt. Besser wird Asser so verstanden, daß der Ort der gewerblichen Niederlassung maßgebend sein soll und nur bei Fehlen einer solchen gewerblichen Niederlassung sei auf den Ort auszuweichen, an dem die Geschäfte ausgeführt worden seien. Für diese Interpretation spricht, daß Asser bei mehreren Niederlassungen allein das Recht der Hauptniederlassung für maßgeblich hält, also nicht das jeweils territoriale Recht. So gesehen ist die Anknüpfung an den Gewerbebetrieb eine personenbezogene Anknüpfung, wobei aber nicht die Staatsangehörigkeit, sondern das Domizil bzw. der Ort der Hauptniederlassung das Personalstatut bestimmt.

---

11) Asser-Rivier, Nr.93, S.190: "La question de savoir si une personne a ou n'a pas la qualité de commerçant, s'apprécie selon la loi du pays où cette personne a fait l'acte ou excerce l'industrie dont il s'agit. Si l'industrie est excercée dans plusieurs pays, la loi déterminante sera celle du pays où en est le siège principal."

12) So wird Asser von Diena, Trattato, Bd.I (1900), 101 verstanden.

Asser unterscheidet nicht, in welchem Zusammenhang die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft relevant ist. Da aber in den vorhergehenden Abschnitten des Buches die Frage der Anwendung von Handelsrecht[13] und die Frage der Zuständigkeit des Handelsgerichts und des entsprechenden Verfahrens[14] behandelt werden, liegt es nahe, davon auszugehen, daß die für die Kaufmannseigenschaft aufgestellte Regel auch insofern gelten soll. Allerdings macht Asser im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung eine Einschränkung, die auch für die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft zutreffen müßte. Hinsichtlich der Zuständigkeit des Handelsgerichtes sei es nicht zulässig, die Frage, ob ein handelsrechtliches Geschäft vorliegt, wie sonst nach dem Vertragsstatut zu beurteilen, denn die Zuständigkeitsfragen unterlägen "exklusiv"[15] der lex fori. Der Gesetzgeber verstehe unter "acte de commerce" und "matière commerciale" ausschließlich die Ausdrücke, die er selber an anderer Stelle definiere.[16] [17] Diese Überlegungen müßten für die Kaufmannseigenschaft, sofern sie für die Zuständigkeit bedeutsam ist, genauso zutreffen.

---

13) Asser-Rivier, Nr.91, S.187

14) Asser-Rivier, Nr.92, S.189

15) Vgl. Asser-Rivier, Nr.67, S.148

16) Asser-Rivier, Nr.92, S.148: "Quand le législateur établit une compétence speciale et des formes spéciales de procédure pour les actes de commerce il entend par la les actes auxquels lui-même reconnait ce caractère."

17) Insoweit scheint sich der Vorbehalt zugunsten des eigenen Rechts (vgl. soeben Fn 10) zu konkretisieren.

./.

Die von Asser aufgestellte Kollisionsregel führt somit zu einer Spaltung der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft. Die Spannung zwischen den entgegengesetzten Prinzipien der Territorialität und Personalität wird spürbar. Seine Aussage ist umso beachtlicher, als Asser, soweit ersichtlich, der erste war, der sich zu der gestellten Frage geäußert hat.[18)]

18) Der Aussage, daß sich Asser vermutlich als erster zu der gestellten Frage geäußert hat, steht nicht entgegen, daß auf S.189 in Fn 1 von Bar mit einer Äußerung zur Kaufmannseigenschaft zitiert wird. Die Fußnoten wurden erst 1884 von Rivier hinzugefügt, vgl.soeben Fn.1. Die Abhandlung von von Bar, Internationales Privatrecht, erschien drei Jahre nach Asser in der Encyclopedie Holtzendorff, 3.Auflage (1882). Damals lag von Bar die von Cohn, Max 1880 publizierte Übersetzung Assers ins Deutsche vor.

./.

2) von Bar[1)]

Bei v.Bar findet sich wieder der alte Ausgangspunkt, nachdem jeder souveräne Staat frei sei, nach seinem Belieben Recht zu setzen und Bestimmungen zu treffen über die Anwendung oder Ausschließung fremden Rechts. Allerdings ergänzt sich v.Bar dahin, "daß die Berücksichtigung auswärtiger Rechtsnormen (in gewissem Umfange) für jeden Staat Rechtspflicht und nicht Sache nur willkürlicher Gefälligkeit ist ..."[2)] Die positive Gesetzgebung dürfe sich Abweichungen in gewissem Umfang erlauben; darüber hinaus seien Abweichungen "nicht mehr Recht, als es Recht ist, wenn ein Staat sich Abweichungen von dem eigentlichen Völkerrecht ... gestattet".[3)]

IPR sei nicht nur ein Produkt souveräner Staaten, sondern auch Ergebnis der "Natur der Sache, der Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, der gegenseitigen Anerkennungen der Rechtsordnungen der verschiedenen Staaten" und der Begriff "Natur der Sache" ist für von Bar das "materielle Princip für das solchermaßen bestehende internationale Privatrecht..."[4)] Bei der Untersuchung dessen, was gemäß der "Natur der Sache" maßgebliches Recht sei, dürfe man aber nicht (wie Savigny) vom Rechtsverhältnis selber ausgehen; denn ob gewisse Tatsachen ein Rechtsverhältnis ergeben, bestimme erst das anwendbare Recht, d.h., man müsse das anwendbare Recht vor der Regel kennen, was v.Bar als "Circulus vitiosus" bezeichnet.[5)] Ausgangspunkt bei der Auffindung von Kollisionsregeln sind für v.Bar die

---

1) Zitiert wird aus dem Hauptwerk: Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts (2.Aufl.des 1882 erschienenen Buches: Das internationale Privat- und Strafrecht), 2 Bände, Hannover 1889. Zur Methode v.Bars: Gutzwiller, Savigny (1923), 60 ff

2) von Bar, Theorie, I (1889) 105

3) von Bar, I, 106

4) von Bar, I, 106

5) so sinngemäß von Bar, I, 107

./.

"reinen Tatsachen" oder "solche Rechtsverhältnisse, deren Bestehen von der Anerkennung durch das internationale Privatrecht unabhängig ist, die also schon durch das Völkerrecht im eigentlichen Sinne gegeben sind".[6] Soweit es die "reinen Tatsachen" betrifft, geht v.Bar von dem völkerrechtlichen Satz aus, daß "jeder Staat ein bestimmtes Territorium habe".[7] Als "reine Tatsachen" seien somit anzuerkennen "1. der factische Aufenthalt einer Person und 2. der factische Aufenthalt einer Sache in einem Territorium".[8] Als völkerrechtlich gegebenes "Rechtsverhältnis" bezeichnet v.Bar die Beziehung einer Person zu ihrem Staat, die durch einen zeitweiligen faktischen Aufenthalt nicht aufgehoben werde.[9]

V.Bar will weiter berücksichtigt sehen, daß ein Rechtsverhältnis einer Reihe zeitlich aufeinanderfolgender Einwirkungen ausgesetzt ist. Deshalb sei nicht nur danach zu fragen, "1. welches die im obigen Sinne relevanten Tatsachen sind", sondern auch, "2. in welchem Territorium befanden sich zu dem Zeitpunkt, als jede dieser Tatsachen sich verwirklichte, die Sachen bzw. die Personen".[10]

Wie dieses System von v.Bar zu handhaben ist, bleibt unklar. Schon Gutzwiller hatte beobachtet: "Bars Fundamentalbegriffe sind unscharf und zudem nie im eigentlichen Sinne juristisch konstruiert worden".[11] So verwundert es auch nicht, daß v.Bar bei der konkreten Behandlung der Probleme seinen Begriff von der "Natur der Sache" nicht angewandt hat.[12]

---

6) v.Bar, I, 107
7) v.Bar, I, 107
8) v.Bar, I, 107
9) v.Bar, I, 107
10) v.Bar, I, 110
11) Gutzwiller, Savigny (1923), 64
12) vgl. mit Nachweisen: Gutzwiller aaO (Fn.11), 66 Fn 24

Die Bedeutung v.Bars liegt vielmehr in der eingehenden und undogmatischen Behandlung der einzelnen Probleme.[13] So versteht v.Bar unter der "Natur der Sache" mal den "Zweck der Gesetze", mal die "zwingenden Bedürfnisse des Verkehrs" und mal die "innere Vernunftmäßigkeit",[14] also rein pragmatische Gesichtspunkte. Im Handelsrecht treten hinzu allgemeine Kriterien wie "bona fides",[15] "Verkehrssicherheit"[16] und "öffentliches Interesse".[17] Zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft hat sich v.Bar ausführlich geäußert, wobei er, wie vorher niemand,[18] nach den unterschiedlichen Fragestellungen differenzierte.

Besonders interessant sind zunächst seine vorangestellten Ausführungen zum Personalstatut in Handelssachen. Hatte v.Bar zuvor schon ein nationales Recht im Sinne der it.Schule abgelehnt, weil eine Menschengruppe, die durch eine gemeinsame Kultur zusammengehalten werde, als solche kein eigenes Recht habe, sondern eine Rechtsgemeinschaft sich erst durch Staatenbildung verwirkliche.[19] So müsse im Handelsrecht sogar das Staatsangehörigkeitsrecht in der Regel dem Recht des Wohnsitzes weichen.[20] Dies sei aus Gründen der "Ver-

---

13) Zu der dabei angewandten "besonderen Methode" v.Bars vgl.Gutzwiller aaO (Fn 11), 66

14) Vgl. Gutzwiller, aaO (Fn 11), 68, der die entsprechenden Stellen bei v.Bar nachweist.

15) v.Bar, Theorie II (1889), 131

16) v.Bar, IHR (1913), 327

17) v.Bar, Theorie II (1889), 131

18) Vgl. auch die später erfolgte Zusammenstellung der einschlägigen Anknüpfungsregeln in seinem Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts (1892), S.127

19) v.Bar, Theorie I (1889), S.149 f

20) v.Bar, IHR (1913), 327: "Es ist auch nur eine Folgerung aus allgemeinen Prinzipien, daß, soweit der Parteiwille verfügen kann, in Handelssachen als Personalstatut, und insbesondere als den Parteiwillen darstellendes oder ergänzendes Gesetz in aller Regel das am Wohnort der Partei geltende Gesetz, nicht aber das nach der Staatsangehörigkeit zu bestimmende Gesetz zur Anwendung kommt."

./.

kehrssicherheit"[21] erforderlich. Der Wohnort stehe im Mittelpunkt des Geschäftslebens und der Wohnsitz des Kaufmanns sei die Niederlassung. Um die Staatsangehörigkeit pflege man sich in Handelssachen nicht zu kümmern, der Vertragspartner kenne jedoch die Handelsniederlassung.[22]

Dem Recht der Staatsangehörigkeit, die ansonsten auch gemäß v.Bar die Rechts- und Geschäftsfähigkeit bestimmt, gibt er im Handelsrecht nur insoweit Raum, als die Eigenschaft eines Kaufmanns von der Volljährigkeit, oder etwa bei einer Ehefrau, von der Zustimmung des Ehegatten abhängt.[23] Darin sieht v.Bar eine Frage der "wahren Handlungsfähigkeit".[24] Nach v.Bar kann die Kaufmannseigenschaft "Vorfrage"[25] für verschiedene Fragestellungen sein.

---

21) von Bar, IHR (1913), 327

22) von Bar, IHR (1913), 328

23) von Bar, Theorie II (1889), Nr.290, S.131. Dies wird im französischen Recht als "capacité commercial" verstanden.

24) von Bar, Theorie, II (1889), S.131

25) v.Bar, Theorie II (1889), S.130. An anderer Stelle wird der Begriff Vorfrage schon v.Bar im heutigen technischen Sinne einer selbständigen, gesonderten Anknüpfung verstanden. Dazu v.Bar, Theorie I, 112: "In sehr vielen Fällen hat ... das Rechtsverhältnis gar nicht eine ausschließliche Beziehung zu einem territorialen Rechte, sondern zu mehreren, und es ist der größte Fehler, welchen man bei der Entscheidung der Fragen des Internationalen Privatrechts begehen kann, deshalb, weil die Schlußfrage einem bestimmten territorialen Rechte unterworfen ist, nun auch die ganze Kette der Vorfragen in einem concreten Rechtsfalle dem territorialen Rechte der Schlußfrage zu unterwerfen." Diese Erkenntnis ist umso beachtlicher, als die als grundlegend gewerteten Werke von Melchior, Grundlagen (1932), und Wengler, Die Vorfrage im Kollisionsrecht (1934), erst 43 Jahre später erschienen.
Hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft hat v.Bar den Begriff Vorfrage wohl im untechnischen Sinne verwendet, wie seine nachfolgend aufzuzeigende Antwort und die fehlende Erörterung der Notwendigkeit einer gesonderten Anknüpfung vermuten läßt.

Im Rahmen der Frage, ob ein Handelsgeschäft vorliegt,[26] läßt v.Bar das Vertragsstatut selber über die Kaufmannseigenschaft entscheiden; das Domizilrecht als Personalstatut wird ausdrücklich abgelehnt.[27] Die Begründung dieser Ansicht beschränkt sich auf das formaljuristische[28] Argument: "In diesem Falle verhält es sich genauso, als hätte das Gesetz, statt die kürzere Bezeichnung des Abschlusses seitens eines Kaufmannes zu wählen, noch einmal diejenigen Personen ausdrücklich bezeichnet, deren Betheiligung als Contrahenten das Geschäft als Handelsgeschäft erscheinen läßt."[29]

Die im öffentlichen Interesse zu erfüllenden Verpflichtungen, wie das Führen von Handelsbüchern und die Eintragung ins Handelsregister, und besondere Berechtigungen, wie das Führen einer Firma als Handelsname, unterstehen dem territorialen Gesetz. Insoweit will v.Bar die Kaufmannseigenschaft nach dem Gesetz des Domizils bzw., soweit vorhanden, der Handelsniederlassung beurteilen.[30] Dies deckt sich mit seinem Verständnis vom Personalstatut in Handelssachen. Anwendung findet somit regelmäßig das gleiche territoriale Gesetz, das auch die Verpflichtung aufstellt.

Soweit es um die Zuständigkeit des Handelsgerichts gehe, müsse der Begriff der Handelssache, damit implizit auch der Begriff des Kaufmanns, der lex fori entnommen werden, denn es handle sich um eine "Competenzbestimmung in abgekürzter Form".[31]

---

26) v.Bar, Theorie, II (1889), 130 Fn 2 verweist auf Art.272 ADHGB 1861. Vgl. oben S.16 ff und die dort vertretene Ansicht, daß erst diese Norm die Kaufmannseigenschaft zu einem kollisionsrechtlichen Problem werden ließ.

27) v.Bar, Theorie, II (1889), 131

28) Die eingehende kritische Würdigung bleibt einer späteren Stelle vorbehalten, vgl. unten 3.Teil, III., 3, S.185 ff.

29) v.Bar, Theorie II (1889), 130. Der Gedanke, daß der Gesetzgeber, wenn er einen Begriff verwendet, sich immer auf die eigene Definition bezieht, findet sich schon bei Asser-Rivier, Éléments (1884), Nr.92,S.18

30) v.Bar, Theorie II (1889), 131

31) v.Bar, Theorie II (1889), 129

Die Ergebnisse v.Bars lassen sich zu einer einfachen Regel zusammenfassen. Da gemäß seiner Argumentation die Kaufmannseigenschaft stets nach dem Recht der sie aufwerfenden Frage (lex causae) bestimmt wird, kann der Lösungsvorschlag v.Bars als "lex-causae-Regel" bezeichnet werden.

3) Vareilles-Soummières[1)]

Vareilles-Soummières wird als der Erneuerer der alten Statutenlehre angesehen.[2)]

Nach seiner Grundregel erstreckt sich die Geltung der Gesetze auf ihr partikuläres Teilgebiet und dort gleichermaßen auch für Fremde.[3)] Eine Gesellschaft entstehe nicht durch Vertrag oder Übereinstimmung, sie bilde sich nur auf einem Territorium, das in Besitz genommen wurde. Somit sei es das Gebiet, das wesentlich sei für die Gesellschaft.[4)] Die Anwendung des territorialen Rechts auf Ausländer rechtfertigt Vareilles-Soummières mit den Worten, daß ein Fremder, wenn er seinen Fuß auf ein von einer Gesellschaft besetztes Gebiet stellt, selber zeitweise Mitglied der Gesellschaft werde.[5)] Auf diese Weise könne man Mitglied verschiedener Gesell-

---

1) Zitiert wird aus seinem Werk: La synthèse du droit international privé I (1894). Zu Vareilles-Soummières: Arminjon, Droit acquis (1934), Nr.9, S.14 ff; ders., Précis commercial (1948), Nr.45, S.81.

2) Loussouarn/Bredin, d.i.p. (1978), Nr.104. Er folgt somit Foelix, Traité de droit international privé, 1.Aufl. Paris 1843, der als Anhänger der comitas-Lehre gilt.

3) Vareilles-Soummières, Synthèse I (1894), Nr.16, S.11: "En règle générale, la Coutume gouverne sur le territoire de la province la conduite de tout le monde, des non domiciliés comme des domiciliés."

4) ders., I, Nr.24, S.26: "Comme les hommes ne vivent point en l'air, il est presque naïf de dire que le territoire est essentiel à la Société civile."

5) ders., I, Nr.24, S.16

schaften werden.[6]

Im übrigen stützt Vareilles-Soummières seine These auf den Gedanken der Souveränität. Der Staat übe seine Macht auch über Fremde aus und er unterscheide in seiner Gesetzgebung nicht zwischen Einheimischen und Fremden.[7] Der Gedanke der Souveränität verbiete es auch, daß Gesetze im Machtbereich eines anderen Souveräns Geltung erlangen könnten.[8]

Von diesem Grundsatz will Vareilles-Soummières vier Ausnahmen zulassen, so unter anderem, in Anlehnung an das Personalstatut der Statutentheorie, für Statusfragen und die Rechts- und Geschäftsfähigkeit.[9] Dazu sei der Souverän aus Höflichkeit und dem comitas-Gedanken verpflichtet, allerdings unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit.[10] Eine Verpflichtung im eigentlichen Sinne könne sich daraus nicht ergeben.[11]

Zur Kaufmannseigenschaft hat sich Vareilles-Soummières nur im Rahmen seiner Ausführungen zum Konkurs geäußert. Der Konkurs ist in vielen Ländern, anders als in Deutschland, auf Kaufleute be-

---

6) ders., I, Nr.25, S.17

7) ders., I, Nr.26, S.18

8) ders., I, Nr.36, S.26

9) ders., I, Nr.16, S.11: "Les statuts de la Coutume sur l'état et la capacité suivent les domiciliés et doivent leur être appliqués dans les autres provinces."

10) ders., I, Nr.53, S.37

11) ders., I, Nr.55, S.38: "Mais la courtoisie ne peut fonder une véritable obligation."

./.

schränkt.[12]

Die Frage der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft spielt sich auf dem Hintergrund eines erbittert geführten Streits um die Einheitlichkeit (l'unité) oder Vielheit (pluralité) des Konkurses ab.[13] Die Vertreter eines einheitlichen Konkurses haben die Personalgebundenheit des Konkurses hervorgehoben und unterstellten die entsprechenden Regeln dem Personalstatut. Folglich seien die "personalen" Konkursgesetze auch in anderen Staaten anzuwenden.[14]

Anders Vareilles-Soummières, der entschieden eintritt für die Pluralität und damit Territorialität des Konkurses.[15] Gemäß seiner Verankerung in der Statutentheorie[16] seien diese Gesetze, wie das

---

12) In Frankreich: Art.438 aF fr.c.com.; so auch heute, jedoch mit der Modifikation, daß in jedem Fall juristische Personen (personne morale) konkursfähig sind, Art.1 des fr.Gesetzes Nr.67-563 vom 5.7.1967; In Italien: Art.543 it.c.com.1867; Art.683 it.c.com.1882; heute gem. Art.1 des it.Gesetzes Nr.267 vom 16.3.1943 beschränkt auf Unternehmer (imprenditori = Art.2082 it.c.civ.1942), sofern sie kaufmännische Geschäfte (activitá commerciale) betreiben, wie sie in dem Katalog des Art.2195 it.c.civ.1942 aufgeführt sind. Nicht konkursfähig sind Kleinunternehmer (piccoli imprenditori), Art.2083 it.c.civ.1942 iVm Art.1 II des obigen Konkursgesetzes.

13) Zum heutigen Stand des int.Konkursrechts vgl. Thieme, RabelsZ 45 (1981), 459 ff

14) Diese Auffassung vertritt z.B. Weiss, vgl.unten S.154

15) Vareilles-Soummières, Synthèse I, Nr.435, S.265

16) ders., I, Nr.465, S.286: "La pluralité des faillites est la conséquence logique des principes de la théorie des statuts, et comme pour nous, ces principes sont, en droit international privé, les seul vrais, les seul rationnels, les seul clairs, les seuls pratiques ..."

Zwangsvollstreckungsrecht, den "Realstatuten" zuzuordnen;[17] sie haben somit territoriale Geltung und erstrecken sich auch auf Ausländer.[18] Es liege im Charakter dieser Normengebiete, daß bei französischem Konkursstatut als Kaufmann nur derjenige angesehen wird, der die Voraussetzungen des französischen Rechts erfüllt,[19] denn es sei nicht zulässig, die Anwendung des französischen Gesetzes von Anordnungen eines ausländischen Gesetzes abhängig zu machen.[20] Die Personalität des Konkurses weist Vareilles-Soummières unter anderem damit zurück, daß es höchst zweifelhaft sei, ob die Kaufmannseigenschaft eine Frage des Status sei; dies sei jedenfalls für den Konkurs zu verneinen.[21]

---

17) ders., I, Nr.435, S.265

18) ders., I, Nr.437, S.266

19) ders., I, Nr.439, S.267

20) ders., I, Nr.443, S.268: "Toute législation doit se suffire à elle-même."

21) ders., I, Nr.471, S.289

./.

4) Diena[1]

Diena hat kein eigenes Kollisionsrechtssystem entwickelt. Aber auch er sieht die Staaten auf Grund des Völkerrechts verpflichtet, ausländische Gesetze in einem gewissen Umfange zuzulassen. Darüber hinaus könne sich aus dem Völkerrecht nichts ableiten, denn seine Rechtssätze seien nicht genau feststellbar, zuwenig konkret, veränderlich und von der Politik abhängig.[2] Obgleich Italiener, anlehnt sich Diena weitgehend Savigny an. Sein Kriterium von der "Natur der Rechtsverhältnisse" sei das einzig solide.[3] Allerdings sei das Wohnsitzrecht durch das nationale Gesetz zu ersetzen.[4] Die "Personalität der Gesetze", die die italienische Schule nach Mancini kennzeichnet, wird als übertrieben abgelehnt. Diese Schule erlaube nicht, ausreichend auf die Unterschiedlichkeit der Rechtsverhältnisse und das Prinzip der territorialen öffentlichen Ordnung eingehen zu können.[5]

Die Bedeutung Dienas liegt in der ausführlichen Auseinandersetzung mit den einzelnen Problemen, wobei er sich weniger von dogmati-

---

1) Seine grundsätzliche Haltung zum Kollisionsrecht ist dargelegt in: Diena, Principi di diritto internazionale, Band II Diritto internazionale privato, Napoli (1910).

2) Diena, Principi II (1910), S.24

3) dera., II, 24: "Il solo criterio che abbia un solido fondamento giuridico ... rimane sempre quello formulato dal grande giurista germanico Federico Carlo Savigny, secondo cui in base alla natura di ciascun rapporto giuridico si deve determinare qual legge sia competente a regolarlo."

4) dera., II, 25

5) dera., II, 22: "Tuttavia tale dottrina ha il difetto di avere eccessivamente esteso la portata dell'applicabilità della legge nazionale, senza distinguere abbastanza fra le varie specie di rapporti giuridici, non riconoscendo all'elemento della territorialità altra influenza che quella che deriva dalle norme di diritto pubblico e di ordine pubblico."

schen Gesichtspunkten leiten ließ, als von dem Ziel, zu vernünftigen und praktikablen Ergebnissen zu gelangen. Diese Einstellung ist besonders geeignet, das internationale Handelsrecht zu behandeln. Sein großes Werk "Trattato di Diritto Commerciale"[6] setzte die Maßstäbe in diesem Bereich. In diesem Werk hat sich Diena in ausführlicher Weise mit der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft beschäftigt. Seine Gedanken sind auch heute noch so aktuell, daß sie im einzelnen nachvollzogen werden sollen.

Die von v.Bar aufgestellte Regel, die Kaufmannseigenschaft dem jeweiligen Wirkungsstatut zu entnehmen (lex causae-Regel),[7] lehnt Diena mit der knappen Überlegung ab, daß es notwendigerweise ein einheitliches Gesetz geben müsse, das kompetent sei, die Kaufmannseigenschaft zu bestimmen, unabhängig von den juristischen Wirkungen, die sich daraus ableiten.[8] Diena erkennt also in der Kaufmannseigenschaft ein personales Element.

Diena geht zunächst von der Frage aus, inwieweit die öffentliche Ordnung Einfluß auf die Qualifikation einer Person als Kaufmann nehmen muß. Insofern sind verschiedene Einwirkungsstufen denkbar.

Es war vorgeschlagen worden, die Kaufmannseigenschaft stets nach der lex fori zu bestimmen.[9] Dies wurde damit begründet, daß die Kaufmannseigenschaft Einfluß auf öffentlichrechtliche Verpflichtungen habe, also Normen, die exklusiv der lex fori zuzuordnen seien. Diese Konzeption lehnt Diena schon aus dem Gedanken ab, daß der ordre public außerhalb des Territoriums keinen Einfluß haben dürfe

---

6) 3 Bände (1900-1905) Florenz, zitiert wird im folgenden aus Band I (1900).

7) vgl. oben S.63 f

8) Diena, Trattato I (1900), 100

9) Lyon-Caen und Renault, Traité I (1906), Nr.211, S.243

./.

und die Regel deshalb nicht geeignet sei, eine sich dort abspielende Tätigkeit zu qualifizieren.[10] Aber auch wenn das eigene Gebiet berührt sei, provoziere dies nicht stets die Anwendung des territorialen Rechts. Diena unterscheidet nach der Intensität der Berührung mit der eigenen territorialen Ordnung.

Eine lex loci actus-Regel, dergemäß schon eine einzige Handlung ausreichen soll, um die Kaufmannseigenschaft nach dem territorialen Recht anzuknüpfen,[11] wird abgelehnt, weil die Berührung nicht intensiv genug sei.[12] Im übrigen könne eine isolierte Handlung schon deshalb nicht ausreichen, weil die Definition des Kaufmanns eine Reihe von Handlungen erfordere.[13] Wenn aber die Intensität der Berührung mit dem Gebiet den Ausschlag gibt, dann stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zum Personalitätsprinzip. Insofern war der damalige Art.12 disp.prel.it.c.civ.1865, die ordre public-Regel, zu berücksichtigen. Die Norm sah vor, daß ausländische Rechtssätze, also nicht nur die Ergebnisse aufgrund ausländischer Rechtssätze, dann von der Anwendung ausgeschlossen waren, wenn die eigenen Ge- und Verbotsgesetze in einer Weise beeinträchtigt würden, die der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten widersprach.[14]

---

10) Diena, Trattato I (1900), 99

11) Als Beleg wird von Diena, Trattato I (1900), 99, Asser in: Asser-Rivier, Éléments (1884) Nr.93, S.149 angeführt. Wohl zu unrecht, wie oben S.57 nachgewiesen wurde.

12) Diena, Trattato I (1900), 100

13) ders., I, 101

14) Art.12 disp.prel. it.c.civ.1865: "Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume." Nach der neuen o.p.-Regel, Art.31 disp.prel. it. c.civ.1942, wird mehr auf die Auswirkungen abgestellt (... in nessun caso le leggi ... possono aver effetto nel territorio dello Stato ..."). Ausländische Urteile (sentenze) werden nicht mehr als potentiell o.p.-widrig aufgeführt, vgl. Art.797 codice di procedura civile.

./.

Daraus folgerte Diena, daß diejenigen Personen, die häufig und regelmäßig auf italienischem Gebiet kaufmännische Geschäfte ausführen, in diesen Fällen auch nach italienischem Recht als Kaufmann qualifiziert werden müßten. Sonst könnten die Gesetze, die den Schutz der öffentlichen Ordnung betreffen, unterlaufen werden. Das personale Element habe in diesen Fällen zurückzutreten.

Die Häufigkeit der auf italienischem Gebiet ausgeübten Geschäfte ist aber nicht einziges Kriterium, das zu einer Beurteilung der Kaufmannseigenschaft nach italienischem Recht führen kann. Bei Geschäften über Grundstücke scheint der territoriale Bezug nach der Ansicht Dienas stärker zu sein, als bei den anderen Arten von Geschäften.[15] Interessant ist insofern die schon früher aufgestellte Regel Dienas, nach der wegen der überwiegenden territorialen Natur dieser Geschäfte das personale Gesetz, selbst wenn es um die Rechts- und Geschäftsfähigkeit gehe, nur ausnahmsweise anwendbar sei.[16] Dieser starke territoriale Bezug bei Liegenschaften führt hinsichtlich der eingangs gestellten Frage dazu, daß Diena sogar einen Ausländer, der nur im Ausland regelmäßig und berufsmäßig italienische Grundstücke verkaufe, nach italienischem Recht als Kaufmann quali-

---

15) Das ist ein Beispiel dafür, daß unter der lex loci contractus nicht immer das Recht am Ort des Vertragsschlusses verstanden wurde, sondern auch der Ort, an dem der Vertrag zu erfüllen ist (lex loci solutionis). Dazu m.w.Nw. Ehrenzweig/Jayme, III (1977), S.15 Fn.3.

16) Diena, I diritti reali considerati nel diritto internazionale privato, Torino (1865), 48: "... la legge prevalente è la territoriale e soltanto eccezionalmente è ammesso si ricorra alla legge personale ..." Um dies zu beurteilen, sei das private und soziale Interesse des Staates abzuwägen. Ders., aaO, S.49: "I diritti reali tanto sugli immobili che sui mobili sono regolati dalla legge della situazione; tuttavia possono essere regolati dalla legge personale delle parti, per tutto ciò che riguardi più l'interesse e il diritto privato, che l'interesse generale e il diritto sociale dello Stato sul cui territorio i beni si trovano."

./.

fizieren will.[17] Somit scheint für die Anwendung des territorialen Rechts zu genügen, daß sich der Vertrag überhaupt auf italienisches Gebiet auswirkt.

Der ordre public ist für Diena keine Ausnahme, wie er im heutigen Sinne gehandhabt wird. Er ist vielmehr ein Prinzip, das für die Anknüpfung relevant ist. Allerdings stellt schon Diena auf die Intensität der Beeinträchtigung der eigenen Rechtsordnung ab.

Bei vereinzelten Geschäften, bei denen also die öffentliche Ordnung nicht sehr stark berührt wird, stelle sich die weitere Frage, ob italienisches Recht aufgrund des Art.58 it.c.com.1882 anzuwenden sei. Diese, speziell ins Handelsrecht eingebrachte Vorschrift sah vor, daß sich bei handelsrechtlichen Geschäften die Form und die sonstigen wesentlichen Erfordernisse einer Verpflichtung nach dem Ortsrecht richteten, wobei allerdings das Recht einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit vorging.[18] [19] Nur war allerdings die Tragwei-

---

17) Diena, Trattato, I (1900), 102. Der An- und Verkauf von Immobilien war gemäß Art.275 des österreichischen Handelsgesetzbuches keine kaufmännische Handlung.

18) Art.58 it.c.com.1882: "La forma e i requisiti essenziali delle obbligazioni commerciali, la forma degli atti da farsi per l'esercizio e la conservazione dei diritti che ne derivano o per la loro esecuzione, e gli effetti degli atti stessi, sono regolati rispettivamente dalle leggi o dagli usi del luogo dove si emettono le obbligazioni e dove si fanno o si eseguiscono gli atti suddetti, salva in ogni caso l'eccezione stabilita nell'art.9 delle disposizioni preliminari del codice civile per coloro che sono soggetti ad una stessa legge nazionale." Eine deutsche Übersetzung bietet Meili, Civil- und Handelsrecht, II (1902), 233.

19) Art.9 I 2 it.c.civ.1865: "E però in facoltà dei disponenti o contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti."

./.

te dieser Vorschrift, die sogar die freie Rechtswahl ausschloß, streitig.[20] Nach Diena ist dieser Art.58 im Zusammenhang mit Art. 1104 it.c.civ.1865 zu lesen.[21] Dies bedeutete, soweit es hier interessiert, daß die Rechts- und Geschäftsfähigkeit (capacità), nicht aber der Status dem Ortsrecht unterworfen war. Insofern stellt Art. 58 eine Spezialregelung gegenüber Art.6 disp.prel. it.c.civ.1865 dar.[22] Die Kaufmannseigenschaft sei aber keine, wenn auch gesteigerte Geschäftsfähigkeit, sondern sei als juristischer Status ("stato giuridico") zu betrachten.[23] Als Ausnahmevorschrift könne Art.58 nicht auf Statusfragen ausgedehnt werden.[24] Art.58 habe somit keine Auswirkungen auf die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft.

Soweit es die heutige Rechtslage betrifft, ist nur noch interessant, daß Diena die Kaufmannseigenschaft nicht als eine Frage der Rechts- oder Geschäftsfähigkeit ansieht.

Konsequenterweise wäre nun Art.6 disp.prel. it.c.civ.1865 in der Variante "Status" anzuwenden gewesen, mit der Folge, die Kaufmannseigenschaft gemäß dem Recht der Staatsangehörigkeit zu bestimmen.

---

20) Es ist heute nicht mehr nötig, diesen Streit ausführlich darzustellen, da die Vorschrift 1942 im Zuge der Abschaffung gesonderten Handelsrechts in Italien verschwunden ist. Geblieben ist nur, daß für Umlaufgeschäfte in Italien eine Geschäftsfähigkeit nach italienischem Recht ausreicht, Art.17 II it.c.civ.1942. Diese Regelung war abgesehen von Art.58 vorher nicht im italienischen Gesetz enthalten.

21) Art.1104 it.c.civ.: "I requisti essenziali per la validità di un contratto sono: La capacità di contrattere ..."

22) Art.6 disp.prel. it.c.civ.1865: "Lo stato e la capacità delle personne ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono."

23) Diena, Trattato I (1900), 103

24) ders., I, 104

Anders jedoch Diena. Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß Diena eine Personalität der Gesetze im Sinne der italienischen Schule nach Mancini ablehnt.[25] Aber auch in beschränkter Weise könne das nationale Gesetz nicht angewendet werden, da keiner der Gründe, die es normalerweise rechtfertigen, hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft einschlägig sei. Die ethnische, geographische und historische Verbindung einer Person mit dem Staat oder andere politische Gründe spielten im Handelsrecht keine Gründe.[26] Es gehe um die Regelung der Berufsausübung und insoweit sei nur der Gesetzgeber kompetent und interessiert, in dessen Land der Handel ausgeübt werde. Nur er könne den Bedürfnissen und örtlichen Handelsbräuchen Rechnung tragen.[27] Die Eigenschaft, Kaufmann zu sein, sei kein Status im Sinne des Art.6, da sie kein juristisches Attribut sei, sondern lediglich eine Eigenschaft, die aus einer Berufsausübung resultiere.[28]

Diese scharfen Beobachtungen Dienas haben heute noch Bedeutung, denn nach wie vor stellt sich die Frage, ob die Kaufmannseigenschaft ein Status ist, und somit der Regelung des Art.7 I dt.EGBGB, Art.3 III fr.c.civ. und Art.17 I it.c.civ. unterläge.

Zuletzt prüft Diena, ob sich nicht aus Art.8 it.c.com.1882, also der Definition des Kaufmanns selber, ein kollisionsrechtlicher Hinweis ergibt.[29] Diese Vorschrift unterscheidet nicht zwischen In-

---

25) vgl. oben S.69 Fn 5

26) Diena, Trattato I (1900), 100

27) ders., I, 100

28) ders., I, 104

29) Art.8 it.c.com.1882: "Sono commercianti coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale, e le società commerciali."

./.

und Ausländern. Daraus sei aber nicht zu folgern, daß der Gesetzgeber einfacherweise stets eigenes Recht angewendet wissen wolle.

In Abwesenheit einer gesetzlichen Vorschrift kommt Diena zu der Regel, daß die Kaufmannseigenschaft beurteilt werden müsse nach dem Gesetz des Ortes, an dem das Gewerbe oder der Handel gewöhnlich ausgeübt werde.[30)]

Diese Regel genügt dem Erfordernis einer einheitlichen Regelung für alle Rechtsfragen; sie hat also einen personalen Bezug. Weiter genügt die Regel dem von Diena herausgearbeiteten territorialen Bezug, da die Handlungen regelmäßig am Ort der Niederlassung vorgenommen werden. Schließlich stehen Art.58 des c.com.1882 und Art.6 disp.prel.c.civ.1865 nicht entgegen.

Hingewiesen sei noch auf zwei Spezialfälle, die Diena nicht übersehen hat. Wenn eine Person mehrere Niederlassungen habe, reiche es aus, daß sie nach dem Recht am Ort der jeweiligen Zweigniederlassung Kaufmann sei.[31)] Zum anderen gelte die Regel auch für die Frage der Minderkaufmannseigenschaft.[32)]

Mit dieser Abhandlung Dienas war die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft zum erstenmal ausführlich erörtert worden. Seine Ausführungen schienen zu überzeugen, denn die Mehrzahl der Autoren, die sich nachfolgend zu der gestellten Frage geäußert haben, schlossen sich der Regel Dienas an.[33)]

---

30) Diena, Trattato I (1900), 100: "Il principio da adottarsi è dunque quello, che la qualità di commerciante deve essere giudicata a norma della legge del luogo dove l'industria o il commercio è abitualmente esercitato ..."

31) ders., I, 101

32) ders., I, 101 Fn 1

33) Vgl.Nachweise unten S.163 Fn.1

./.

5) Pillet[1)]

Sehr eigenwillig und schwierig zu verstehen ist das System von Pillet.

Nach seiner Auffassung ist IPR ein Teil des Völkerrechts, denn der Konflikt zwischen den Gesetzen sei nichts anderes als ein Souveränitätskonflikt.[2)] Dem mit der Statutenlehre verbundenen Begriff der territorialen Souveränität stellt Pillet gleichberechtigt die personelle Souveränität beiseite. Letzteres könne auch exterritoriale Wirkung haben.[3)] Da Gesetze von sich aus zeitlich unbegrenzt sind (permanent) und für alle (general) gelten wollen, kommt es zu einer Überlagung von Souveränitäten. In diesem Konflikt sei demjenigen Staate der Vorzug zu geben, der das berechtigste Interesse an der Lösung der Frage habe. Das ist Inhalt dessen, was Pillet "la loi du maximum de respect des souverainetés entre elles" nennt.[4)] Die Interessenbewertung habe nach dem sozialen Zweck (but social) der Gesetze zu erfolgen.

Demnach ergibt sich für Pillet die Zweiteilung in"lois personnelles" (oder auch "lois permanentes") und "lois territoriales" (oder auch "lois générales"). Beide sind gleichgewichtig.[5)] Um personenbe-

---

1) Zitiert wird aus seinem Werk: Principes de droit international privé, Paris (1903), das dogmatisch schärfer gefaßt ist, als die folgenden Werke. Zu Pillet: Arminjon, Droit acquis (1934), S.50 ff.

2) Pillet, Principes (1903), 66: "Toute question de conflits de lois est une question de conflit de souverainetés."

3) ders., S.67: "La pénétration réciproque des souverainetés qui résulte du commerce international, l'existence d'une souveraineté personnelle et extérieure à côté de la souveraineté territoriale et intérieure..."

4) ders., S.76

5) ders., S.294: "deux règles parallèles, fondées sur le même principe, douées de la même valeur".

./.

zogene Gesetze handle es sich, wenn sie den Schutz des Individuums vor der Gesellschaft und vor seiner eigenen Freiheit (z.B. Vormundschaft) bezwecken; territorial sind diejenigen Gesetze, die den Schutz der Gesellschaft vor dem Individuum beabsichtigen.[6] Pillet nennt die letztere Gruppe auch "lois de garantie sociale ou d'ordre public".[7] Ergänzt wird dieses Kollisionsrecht bei Pillet mit der Theorie der "wohlerworbenen Rechte" (droits acquis).[8] Mit dieser Lehre möchte Pillet den Schutz wohlerworbener Rechte von dem üblichen IPR abspalten. Das IPR habe auch die Aufgabe, die bereits im Ausland gemäß den Regeln des ausländischen Rechts erworbene Rechtsposition zu schützen.[9] Jeder Staat habe ein Interesse, daß die auf seinem Gebiet entstandenen Rechte geschützt werden.[10] Dieses

---

6) ders., S.288 f. Methodisch könnte diese Unterscheidung eingeleitet werden mit der Frage, wer den Vorteil bzw. den Schaden trage, wenn das Gesetz nicht angewandt werde, Pillet,aaO S.295 f. Vgl. Schwander, Ausnahmen (1975), 171 ff.

7) Pillet, Principes (1903), S.292. Der ordre public im Sinne Pillets hat keinen Ausnahmecharakter und führt nicht zwingend zur Anwendung der lex fori. Je nach dem sozialen Zweck kann der ordre public, der als Kollisionsregel verstanden wird, zur Anwendung fremden Rechts führen. Pillet, aaO, S.400 Fn.1: "Sa considération de l'ordre public peut rendre compétente soit la loi du lieu de l'acte, soit celle de la situation des biens, soit celle du for, soit d'autres encore. Tout dépend du but de la loi et de la relation qu'il a avec l'ordre public de l'un ou de l'autre de ces territoires."

8) Dazu insbesondere Pillet, Rec.8 (1925, III) 489. Ähnlich die von Story und Dicey inspirierte amerikanische "vested rights theory". Dazu: Arminjon, Droits acquis (1934), 29 ff.

9) Als Beispiele nennt Pillet u.a. Rechte aus alten Verträgen und Eigentum an den bei einer Reise mitgeführten Gegenständen, Principes (1903), 498

10) Pillet, Principes (1903), 515

./.

Interesse überwiege grundsätzlich das Interesse des Staates, auf dessen Territorium sich das Recht befinde.[11] Daraus leite sich die völkerrechtliche Verpflichtung ab, daß jeder Staat auf seinem Gebiet die im Ausland geschaffenen Rechte schützen müsse[12] und zwar in dem Umfang, wie sie nach ausländischem Recht Bestand haben. Allerdings obliege dem Kollisionsrecht der lex fori die Entscheidung, welche ausländische Rechtsordnung berufen sei, darüber zu befinden, ob es sich um ein "wohlerworbenes Recht" handle.[13] [14] Zur Kaufmannseigenschaft hat sich Pillet, wie viele seiner Zeitgenossen, nur im Rahmen der Ausführungen über den Konkurs geäußert. Er schließt sich der Auffassung von der Pluralität des Konkurses an. Diese Gesetze sind in seinem Sinne territorial, denn sie haben das soziale Ziel, die Gläubiger zu schützen.[15] Der territoriale Charakter der Gesetze bringe es mit sich, daß der Konkurs überall und auch gleichzeitig eröffnet werden könne, wo der Kaufmann eine

---

1) ders., 515

2) ders., 515: "Tout État doit, en règle générale, assurer sur son territoire le respect et l'observation des droits acquis à l'étranger."

3) Pillet, Rec. 8 (1925 III) 489 (497). Vor allem auf diesen Punkt stützt sich die Kritik an Pillet, denn z.B. Niederer, Einführung (1956), 319, fragt sich mit Recht, wie es möglich sei, wohlerworbene Rechte zu schützen, wenn sie nach ausländischem Recht gar nicht entstehen könnten, weil diese Rechtsordnung gegebenenfalls nicht zuständig war. War sie zuständig, ergebe sich kein Problem. So auch Arminjon, Droit acquis (1934), S.57. Weitere Kritik auch bei Neuhaus, Grundbegriffe (1976), 170 f.

4) Den einem "droit acquis" zugrundeliegenden Gedanken berücksichtigt Art.7 II dt.EGBGB, wonach die einmal erworbene Volljährigkeit bei einem Staatsangehörigkeitswechsel erhalten bleibt.

5) Pillet, Principes (1903), 555

./.

Niederlassung habe oder wo sich jedenfalls Vermögen befindet.[16]

Dementsprechend beurteile sich die Kaufmannseigenschaft einer Person nach dem territorialen Gesetz, also entsprechend dem Recht der Niederlassung oder dem Recht des Ortes, in dem sich Vermögen befindet.[17] Die Folge, daß die Eigenschaft von Ort zu Ort unterschiedlich beurteilt werden kann, wird abgemildert durch ein personelles Element, denn Pillet fährt fort, daß die Kaufmannseigenschaft, wenn sie einmal an einem Ort verliehen sei, international beibehalten werde, sie sei also ein "droit internationalement acquis".[18]

Wie sich diese Qualität als "droit acquis" auswirkt, belegt Pillet in seinem späteren Werk mit folgendem Beispiel. Gehe es um die Vollstreckbarkeitserklärung einer ausländischen Konkurseröffnung über eine Gesellschaft, so habe der französische Richter nicht sein französisches Recht (lex fori) zur Beurteilung der Kaufmannseigenschaft heranzuziehen, sondern maßgeblich sei die ausländische Qualifikation gemäß dem Gründungsort dieser Gesellschaft.[19] [20] Pillet nimmt eine eigenwillige Position in der IPR-Dogmatik ein. Er unterscheidet sich von Savigny und Mancini, deren völkerrechtlichen Ansatz er zu einem ganzen völkerrechtlichen Kollisionssystem

---

16) ders., 555

17) ders., 555 Fn 1

18) ders., 555 Fn 1

19) Pillet, Des personnes morales en droit international privé (1914), 182

20) Hingewiesen sei noch auf einen späteren Meinungswandel zu diesen Fragen. Danach will er im Konkurs rigoros nach französischem Recht durchentscheiden, auch wenn es sich um einen Fremden handle, Pillet, Traité pratique, II (1924), Nr.778, S.880. Die Exterritorialität habe in diese Beziehung keinerlei Berechtigung, aaO, II, Nr.779, S.882. Überhaupt sin die späteren Werke Pillets nicht mehr so strikt nach dem System durchgehalten, das er in seinen "Principes" (1903) vorstellte.

./.

ausbaute. Der territorialen Souveränität der niederländischen Statutenlehre wird die personale Souveränität als gleichwertig hinzugefügt. Dadurch gelingt es, ein universelles Kollisionssystem anzubieten. Die Lösung nach dem sozialen Zweck (but social) erinnert an amerikanische Lehren und so auch die Lehre vom "droit acquis".

6) Weiss[1)]

Einer der striktesten Anhänger der it.Schule ist André Weiss. Begeistert wurde in Frankreich das Nationalitätsprinzip aufgenommen und weiter ausgebaut. Die personale Souveränität des Staates wurde in den Mittelpunkt gerückt, demgegenüber tritt die territoriale Souveränität, die noch zweites Standbein Mancinis war, zurück.[2)]

Ohne Untergebene könne der Staat nicht existieren. Andererseits sei es vorstellbar, daß ein Staat ohne Gebiet auskomme. Dies sei z.B. der Fall bei den "wilden amerikanischen Stämmen und Nomaden, die im eigentlichen Sinn nicht auf einem Territorium lebten, und dennoch einen Staat bildeten".[3)] Das Gebiet sei für den Staat das gleiche wie die Wohnung für das Individuum. Die territoriale Souve-

---

1) Soweit nichts anderes vermerkt, wird zitiert aus seinem Werk: Traité theorique et pratique de droit international privé, 6 Bände, 2.Auflage, Paris 1908-1913.

2) Die französischen Gelehrten hatten es insofern einfacher als ihre italienischen Kollegen, denn Mancini hatte sein Kollisionsrecht in den Gesetzen von 1865 und 1882 festgeschrieben, während Frankreich nur Artikel 3 des fr.c.civ. von 1806 kannte.

3) Weiss, Traité III (1912), 68 f: "Privé de sujets, l'État ne se conçoit même pas, tandis que l'imagination peut à la rigueur concevoir un État dénué de territoire et réduit à sa seule souveraineté personnelle. Les tribus sauvages de l'Amérique et celles qui vivent de la vie normade dans les déserts africains n'ont pas, à proprement parler, de territoire, et cependant elles sont à nos yeux des État ..."

./.

ränität sei nur ein Anhängsel der personalen Souveränität.[4]

Nationalität, das ist für Weiss eine juristische Beziehung zwischen Staat und Individuum, die auf einem zwischen ihnen geschlossenen Vertrag beruhe.[5] Dadurch werde der Staat verpflichtet, seinen Mitgliedern Schutz durch die Schaffung von Gesetzen zu gewähren, und dieser Schutz höre nicht an den Grenzen auf.[6] Aus dieser Überlegung leitet Weiss die kollisionsrechtliche Regel ab, daß Gesetze im privaten Bereich allein dem Nutzen der Privatpersonen dienten. Weil dem so sei, könnten sie nur für diejenigen gelten, für die sie gemacht seien; deshalb aber müßten sie an allen Orten und für alle juristischen Beziehungen gelten. Von diesem Grundsatz seien nur Ausnahmen zulässig, die auf dem ordre public, der locus regit actum-Regel und der Privatautonomie beruhten.[7] Dies ist Inhalt dessen, was Weiss unter Personalität des Rechts (personnalité du droit versteht.

Zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft hat sich Weiss schon relativ früh in einem Artikel über das maßgebliche Konkursrecht ge-

---

4) ders., III, 69: "Sa souveraineté territoriale n'est que l'accessoire, que la dépendance de sa souveraineté personnelle."

5) ders., I, 8: "C'est dans un contrat synallagmatique, intervenue entre l'État de chacun des individues qui le composent, que se trouve, selon nous, le fondement juridique de la nationalité." Mancini hatte noch auf eine abstammungsmäßige Bindung abgestellt. Beruht aber die Bindung auf einem Vertrag, dann muß der ordre public zurücktreten, denn dazu hätte das Individuum nicht eingewilligt.

6) ders., I, 9

7) ders., III, 68: "La loi, lorsqu'elle statue sur un intérêt privé, a toujours pour objet l'utilité de la personne; elle ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite; mais ceux-là, elle doit en principe les régir en tous lieux et dans tous leurs rapports juridiques, sauf les exceptions ou atténuations qui résultent de l'ordre public internationa de la règle locus regit actum, de l'autonomie de la volonté."

äußert.[8] Gemäß Art.437 fr.c.com. aF war der Konkurs der"Zustand" des Kaufmanns, der seine Zahlungen eingestellt hat.[9] Ein solcher Zustand sei aber unteilbar und deshalb spricht sich Weiss für die Einheitlichkeit (l'unité) des Konkurses aus.[10] Der Konkurs berühre den Status der Person, deren Rechts- und Geschäftsfähigkeit abgeändert werde.[11] Dieser generellen Wirkung des Konkurses könne nur das personelle Gesetz, verstanden als das nationale Gesetz,[12] gerecht werden. Dies bedeutet nach seiner Auffassung von der Personalität der Gesetze, daß die nationale Konkursordnung des Zahlungsunfähigen auch im Ausland anzuwenden sei. Die Kaufmannseigenschaft selber müsse entsprechend nach dem nationalen Gesetz bestimmt werden.[13]

Diese strikte Haltung wird dadurch gemildert, daß Weiss ausnahmsweise den ordre public eingreifen lassen will. Dies käme in Betracht, wenn der Fremde, der in Frankreich Handel treibt, nicht in

---

8) Weiss, Annales de droit com. (1888) II, 109 ff

9) Art.437 fr.c.com. aF: "La faillite est 'l'état' du commercant qui a cessé ses payements." Damit spielt Weiss auf Art.3 III fr.c.civ.1806 an: "Les lois concernant 'l'état' ... des personnes régissent les français, même résidant en pays étrangers." Wenn also der Konkurs den "état" betreffe, handle es sich um personale Gesetze, für die das Staatsangehörigkeitsprinzip gelte. Diese Wortspielerei mit dem mehrdeutigen Begriff "état" hat Vareille-Soummières, Synthèse I (1897) Nr.471, S.289 zurückgewiesen.

10) Weiss, aaO (Fn 8), 114

11) Weiss, aaO (Fn 8), 114: "La faillite affecte l'état de la personne, dont elle altère la capacité." Die gleiche Redewendung war schon zuvor von Beudant, Anm. zu Paris 30.8.1867, D.P. 1868.2.113, benützt worden, um sich für die Einheitlichkeit des Konkurses auszusprechen.

12) Das Wohnsitzprinzip lehnt Weiss als feudale Idee ab, Weiss, Traité III (1912), 72

13) Weiss, Traité VI (1913), 240

Konkurs fallen kann, weil er entweder nicht Kaufmann im Sinne seiner nationalen Gesetzgebung sei, oder weil die Gesetze seiner Heimat den Konkurs überhaupt nicht zuließen. In diesem Fall bliebe es den französischen Gerichten unbenommen, Maßnahmen im Interesse der Zahlungsmoral und des Kreditverkehrs zu ergreifen. Insofern sei aber eine strenge Zurückhaltung geboten.[14)]

Diese Rechtsausführungen von Weiss zum Konkurs verdeutlichen augenfällig, wie weit der Nationalitätsgedanke von den Anhängern der it. Schule über die Lehre von Mancini hinaus gestreckt wurde.[15) 16) 17)]

---

14) ders., VI, 241

15) Darauf hat auch Jayme, Mancini (1980), 38 mit den Worten hingewiesen: "Erst die Starre und der Doktrinarismus der folgenden Generation machte in Italien (zu ergänzen ist: und in Frankreich) aus dem Staatsangehörigkeitsprinzip ein Dogma, dem alles untergeordnet wurde."

16) Übersehen wurde, daß Mancini, soweit es den Handelsverkehr betrifft, selber das Nationalitätsprinzip in Zweifel zieht. Vgl. nur Mancinis Relazione (1878), S.207: "E la ragion di dubitare - am Prinzip der Maßgeblichkeit einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit - sarebbe stata avvalorata dalle tendenze cosmopolite del commercio, le quali accordano minor considerazione alle nazionalità dei contraenti che al dominio dei sistemi consuetudinarii delle piazze in cui si conchiudono i negozii mercantili."

17) Anzumerken ist, daß Weiss in einem Report für das "Institut de droit international" seinem Mitverfasser Asser dahin entgegen kam, daß die Kaufmannseigenschaft hinsichtlich des Konkurses bestimmt werde durch das Gesetz des Ortes, wo der Konkurs erklärt werden wird. In: Annuaire de l'Institut 1894-1898, S.280.

./.

7) Frankenstein[1)]

Um die Aussagen Frankensteins zu verstehen, muß auf die Bedeutung eingegangen werden, die Frankenstein dem Völkerrecht für kollisionsrechtliche Fragen zubilligt. Das Verhältnis von IPR und Völkerrecht war und ist umstritten.[2)]

Die internationalistische Schule sieht IPR als Bestandteil des Völkerrechts an. Dies war auch der Ausgangspunkt von Savigny und Mancini, denn sollte die comitas-Lehre überwunden werden, mußte es ein Recht geben, das den verschiedenen Staaten vorschreibt, ausländisches Recht anzuwenden. Die Aufgabe konnte naturgemäß nur das Völkerrecht übernehmen.

Dem steht gegenüber die dualistische Lehre von der Trennung zwischen Völkerrecht und IPR. Gemäß dieser heute vorherrschenden Auffassung ist Kollisionsrecht wie sonstiges Privatrecht rein nationales Recht. Völkerrecht regle nur das Verhältnis der Staaten untereinander. Als Vorreiter dieser Lehre wird Bartin vorgestellt.

Zwischen diesen Extremen steht die von Niederer so bezeichnete Lehre von der "völkerrechtlichen Kompetenzdelegation".[3)] Nach dieser Lehre gibt es sowohl völkerrechtliches IPR als auch innerstaatliches IPR, wobei das völkerrechtliche dem innerstaatlichen Kollisionsrecht übergeordnet sei. Genauer ausgedrückt sei das letztere nur anwendbar, wenn es nach völkerrechtlichen Grundsätzen kompetent ist. Praktisch hat der Richter zunächst das völkerrechtliche IPR zu befragen, welche nationale Rechtsordnung - einschließlich des nationalen IPR - zuständig ist (primäre Anknüpfung), erst danach bestimmt das berufene IPR, welcher Rechtsordnung endgültig die Entscheidung obliegt (sekundäre Anknüpfung).

---

1) Zitiert wird aus seinem Werk: Internationales Privatrecht (Grenzrecht), Berlin, Bd.I (1926), Bd.II (1929).

2) Dazu Niederer, JbIntR (Schweiz), Bd.V (1948), 63 ff.

3) Niederer, Einführung (1956), S.140

./.

Auf diesem Boden steht das System Frankensteins.

Auf der ersten Stufe, von Frankenstein auch "Grundanknüpfung"[4] genannt, sei die Entscheidung zu treffen zwischen den beiden entgegengesetzten Prinzipien der "Personalhoheit" und der "Gebietshoheit".[5] Das Prinzip der Personalhoheit leitet Frankenstein aus folgenden Überlegungen ab. Die Beziehung eines Menschen zu seinem Heimatstaat sei auf dreifache Weise verknüpft: "Er (der Mensch) ist psychologisch Träger der Rechtsüberzeugung, er ist staatsrechtlich Träger der Staatsgewalt und Gesetzgebung, und er steht als Subjekt und Objekt der Staatsgewalt in einem gegenseitigen Treueverhältnis zum Staat."[6] Diese Verbindung könne nur durch das Recht der Staatsangehörigkeit aufrecht erhalten werden, denn nach dem Wohnsitzrecht sei der Fremde nicht Träger, sondern nur Objekt der Staatsgewalt, auf die Gesetzgebung habe er keinen Einfluß und politische Rechte stünden ihm nicht zu.[7] Für Frankenstein ist somit die psychologische und staatsrechtliche Verbindung des Menschen mit seinem Staat ausschlaggebend.

Dem steht das Prinzip der Gebietshoheit gegenüber. Es gilt gemäß Frankenstein zunächst unbeschränkt gegenüber Sachen, die allein schon durch ihre Lage dem Herrschaftsgebiet unterworfen seien.[8] Es gilt aber auch gegenüber Fremden, die auf dem Gebiet des Staates rein tatsächlich dessen Macht und seinem "polizeilichen Zwang" unterworfen seien.[9] Eine solche Unterwerfung sei allerdings nur notwendig im Hinblick auf Fragen, "deren Regelung der Staat um seiner Selbstbehauptung willen seiner eigenen ausschließlichen Regelung

---

4) Frankenstein, Grenzrecht I (1926), 50
5) ders., I, 44
6) ders., I, 38
7) vgl. Frankenstein, Grenzrecht, I (1926), 36 ff (38)
8) ders., I, 42 ff, 50
9) ders., I, 42

vorbehalten muß...",[10] die, mit anderen Worten, das Gebiet der "öffentlichen Ordnung" betreffen.[11] Darüberhinaus käme es aber rein tatsächlich zum Machtmißbrauch des Gebietsherrn, um Fremde gewaltsam seinem inländischen Recht zu unterwerfen. Als Beispiel benennt Frankenstein Art.8 EGBGB, der für die Entmündigung eines Ausländers nach deutschem Recht einen Wohnsitz in Deutschland genügen läßt.[12] Dazu Frankenstein: "Eine derartige Anknüpfung an die inländische Rechtsordnung, die nicht auf rechtliche Herrschaft über die Person, sondern nur auf der tatsächlichen Gewalt des Gebietsherrn beruht, ist keine echte, sondern unechte Anknüpfung, ist "Pseudo-Anknüpfung".[13] Diese Pseudo-Anknüpfung sei Gewalt und gehöre in den Bereich des Polizeirechts.[14] Als solche könne sie keine Wirkung über das Staatsgebiet hinaus entfalten.[15] Nach Frankenstein sind alle Rechtsverhältnisse auf der ersten Stufe entweder der Personal- oder Gebietshoheit zuzuordnen. Der Entgegnung, daß sich nicht alle Rechtsverhältnisse auf Personen oder Sachen bezögen, erwidert Frankenstein, "daß die Form überhaupt nichts Selbständiges ist, die Obligation nur eine Verpflichtung der Person begründet, das Erbrecht die Liquidation über Rechte des Verstorbenen an Personen (Obligationen) und Sachen darstellt".[16]

Mit der Beantwortung der Primärfrage ist die Aufgabe des Völkerrechts nämlich die Kompetenzzuweisung, erledigt. Das danach zuständige nationale Recht könne seine Herrschaft unmittelbar ausüben, oder es

---

10) ders., I, 43
11) Frankenstein, Grenzrecht I (1926), 43
12) ders., I, 44
13) ders., I, 44
14) ders., I, 30
15) ders., I, 52
16) Frankenstein, Grenzrechte I (1926), 50 Fn 11

./.

könne aber auch, aus Gründen der Zweckmäßigkeit, seine Rechtsmacht durch eigene Kollisionsregeln beschränken (sekundäre Anknüpfung).[17] Als Anknüpfungselemente benennt Frankenstein z.B. Wohnsitz, Aufenthalt, Vertrags-, Erfüllungs-, Delikts- und Gerichtsort.[18]

Bei der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft unterscheidet Frankenstein zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Verpflichtungen.

Hinsichtlich der privatrechtlichen Verpflichtungen führt Frankenstein aus: "Ob jemand ... im Sinne des Privatrechts Kaufmann ist, entscheidet primär sein Heimatrecht, sekundär die Rechtsordnung, welcher das Heimatrecht ihn unterwirft. Vom Standpunkt des deutschen Rechts besteht kein Zweifel, daß es die Kaufmannseigenschaft sekundär nach dem Recht des Wohnsitzes bzw. der kaufmännischen Niederlassung beurteilt. Bestehen mehrere Niederlassungen, so entscheidet das Recht der Hauptniederlassung".[19]

Trotz der vorhergehenden Darstellung des Systems Frankensteins, bedarf dieses Ergebnis der Erläuterung.

Wenn Frankenstein die Kaufmannseigenschaft primär dem Heimatrecht zuordnet, hat das nichts zu tun mit der Rechts- oder Geschäftsfähigkeit oder dem Status einer Person. Die Problemstellung bezüglich der primären Anknüpfung sieht Frankenstein wie folgt: "Nicht darauf kommt es an, ob jemand Kaufmann ist ..., sondern darauf, ob Rechte und Pflichten einer Person im allgemeinen oder für bestimmte Rechts-

---

17) ders., I, 50
18) ders., I, 50
19) Frankenstein, Grenzrecht II (1929), 408

./.

handlungen den Vorschriften des bürgerlichen oder dem Handelsrecht unterliegen."[20] Und wenige Zeilen später: "Ausgangspunkt ist also auch hier der Satz, der das gesamte Grenzrecht beherrscht: Jeder untersteht für all seine Verpflichtungen primär seinem Heimatrecht."[21] Maßgeblich für die primäre Anknüpfung ist also nicht die Eigenschaft der Person als solche, sondern die Verpflichtung, für die sie relevant ist.

Nach dem oben zitierten Satz untersteht "jeder" für seine Verpflichtung primär seinem Heimatrecht. Das wirkt sich bei Handelsgeschäften, die regelmäßig zweiseitige Geschäfte sind, so aus, daß für jeden Vertragsteil gesondert die Anwendung von Handelsrecht primär nach seinem Heimatrecht zu beantworten ist. Dazu Frankenstein: "Handelt es sich um Geschäfte zwischen Angehörigen verschiedener Rechtsordnungen, so beurteilt zunächst jede der beteiligten Rechtsordnungen von ihrem Standpunkt aus die Zuteilung zum bürgerlichen und Handelsrecht."[22] Und wenige Zeilen später fährt Frankenstein fort: "Auch für den italienischen Vertragsteil muß nach seinem Recht ein Handelsgeschäft vorliegen, damit den Voraussetzungen des § 379 HGB (Notverkauf) genügt ist."[23]

Auf die Probleme, die bei der Bestimmung des Vertragsinhalts auftreten, wenn die Heimatrechte unterschiedlich qualifizieren, oder gar einem Heimatrecht eine Unterscheidung zwischen bürgerlichem Recht und Handelsrecht nicht bekannt ist, geht Frankenstein nicht ein.

---

20) ders., II, 401

21) ders., II, 401

22) Frankenstein, Grenzrecht II (1929), 404

23) ders., II, 404. Dies ähnelt der Rechtssituation zur Zeit der frühmittelalterlichen Stammesrechte, wonach bei Verträgen niemand zu mehr verpflichtet sei, als er es nach seinem Stammesrecht gewesen wäre. Vgl. oben S.37.

./.

Bei deutschem Heimatrecht sei sekundär deutsches Kollisionsrecht maßgeblich. Zwar fehle es im deutschen Kollisionsrecht an einer positiven gesetzlichen Regel;[24] anstatt aber das Heimatrecht, also das Recht der Staatsangehörigkeit, gemäß den oben dargelegten Grundsätzen direkt anzuwenden, will Frankenstein annehmen, daß nach deutscher Auffassung sekundär das Recht des Wohnsitzes entscheide , gegebenenfalls das Recht der kaufmännischen Niederlassung.[25] Bei mehreren Niederlassungen entscheide das Recht der Hauptniederlassung.[26] Die beiden letzten Regeln werden leider nicht begründet.

Hat die Kaufmannseigenschaft Bedeutung für öffentlichrechtliche Verpflichtungen (Eintragung ins Handelsregister, Buchführung, Bilanzierung usw.) "unterstehe sie ausschließlich dem Recht des Landes, das sie auferlegt; dieses bestimmt Inhalt und Umfang seiner eigenen Vorschriften".[27] Diese Stelle kann nur so verstanden werden, daß wegen des öffentlichrechtlichen Charakters der Verpflichtung primär das Prinzip der Gebietshoheit greift und mangels sekundärer Regelung bleibt es alleine umfassend zuständig.

Es ist hier nicht der Ort, das System Frankensteins umfassend zu würdigen,[28] doch bezüglich der Kaufmannseigenschaft kommt Frankenstein zu unverständlichen Regelungen. Bei Vorfragen und sonstigen Sonderanknüpfungen scheint die primäre Anknüpfung nicht zu funktionieren. So verwundert es nicht, daß das Denkgebäude Frankensteins insoweit ohne Resonanz blieb.

---

24) Frankenstein, Grenzrecht II (1929), 403

25) ders., II, 403

26) ders., II, 409

27) ders., II, 408

28) Eine knappe Kritik findet sich bei Gutzwiller, Internationalprivatrecht (1931), S.1534. Weitere Nachweise bei Rabel, Conflict I (1958), S.10 Fn 24.

./.

8) Bartin[1)]

Der Nationalismus des beginnenden 20.Jahrhunderts legte die Betonung wieder auf die einzelstaatliche Souveränität. Im rechtlichen Bereich bedeutet der Gedanke der Souveränität die Autonomie eines jeden Staates in der Rechtssetzung wie auch in der Rechtsanwendung. Da die Idee der Völkerrechtsgemeinschaft zurücktritt, hat das Völkerrecht auch keinen Einfluß auf das IPR. Ein solches dualistisches System führt zu einer strengen Trennung von IPR und Völkerrecht.

Damit ist auch die Grundhaltung von Bartin beschrieben. Er betonte den nationalen Charakter des Kollisionsrechts.[2)] IPR dient nach seiner Meinung dazu, die angemessenen Grenzen der eigenen Souveränität festzulegen.[3)]

Gemildert wird diese dualistische Grundhaltung, indem Bartin den Staat verpflichtet sieht, wegen der Existenz verschiedener Souveränitäten fremde Rechtsordnungen nicht völlig auszuschließen.[4)] Dieses Zugeständnis wird jedoch relativiert durch die Aussage, daß jeder Staat selber die Grenzen der Rücksichtnahme festsetze.[5)]

---

1) Zitiert wird aus seinem Werk: Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises, Paris, Bd.I 1930, Bd.II 1932.

2) Bartin, Principes I (1930), 111: "La nature exclusivement nationale des sources d'où le droit international privé sort ..." Darauf deutet auch schon der Titel seines Buches hin: "... selon la loi et la jurisprudence françaises".

3) ders., I, 112: "Par son object, le droit international privé nous apparait comme l'ensemble des règles destinées à concilier, en fixant les justes limites de chacune d'elles, les différentes souverainetés, ..."

4) ders., I, 113: "Il (l'État) reconnaît, en principe, que son autonomie, son indépendance, sa maîtrise chez soi, ne vont pas, ne peuvent pas aller juisqu'à la totale et absolue réconnaissance, ... de l'effet des lois étrangères ... bref, juisqu'à la territorialité absolue."

5) ders., I, 113: "Il (l'État) détermine souverainement lui-même la mesure dans laquelle il accepte que sa souveraineté soit limitée."

Konsequenterweise sind gemäß Bartin die Kollisionsregeln dem eigenen nationalen Recht zu entnehmen.[6] Methodisch will Bartin die Rechtsinstitute des eigenen materiellen Rechts auf ihren Gehalt hin untersuchen, um aus ihrer Natur auf das anwendbare Recht zu schließen.[7] Savignys Regel von der "Natur des Rechtsverhältnisses" sei so zu praktizieren, daß sich diese Natur nach der Wertung der eigenen Rechtsinstitute richte.[8] Kollisionsrecht leitet sich ab aus einer "Projektion" des nationalen Rechts.[9]

Diese Methode, die auf einer Analyse der Institute des eigenen Rechts beruht (positivistische Methode),[10] führt dazu, daß sich Bartin auch hinsichtlich der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft zunächst am eigenen Recht und insbesondere am eigenen Kollisionsrecht orientiert.

Art.3 III fr.c.civ.1806 bestimmt für die Rechts- und Geschäftsfähigkeit (capacité) das Recht der Staatsangehörigkeit als maßgebliches Statut. Auf die "capacité" im engen Sinne will Bartin aber das nationale Gesetz nicht beschränkt wissen. Darüberhinaus er-

---

6) Vgl. soeben Fn 2

7) Bartin, Principes, I (1936), 191: "En droit international privé français, la loi normalement applicable à une relation juridique est celle que désigne l'esprit, en droit interne, de l'institution dans le fonctionnement de laquelle cette relation se produit" und infolge: "c'est la nature de l'institution correspondant à ce rapport de droit qui détermine la loi applicable".

8) ders., I, 191. Die von Savigny aufgestellte Generalklausel ist leicht adaptierbar. Mit seiner Ergänzung verkennt Bartin aber dessen universelle Konzeption.

9) Diesen Ausdruck verwendet Louis-Lucas, J.-Cl., Rép. int.VI, v, Conflits de lois. Théorie générale, fasc.530-B (1959), Nr.29.

10) Niederer, Einführung (1956), 63, will beobachtet haben, daß das EGBGB viele Bearbeiter zu einer nationalistisch-positivistischen Lehre inspiriert habe, insbesondere auch in Deutschland.

./.

strecke sich das nationale Gesetz auf alle Fragen, bei denen die Gültigkeit einer Handlung vom Schutz abhängt, den das Heimatrecht der Person gewähre.[11] So ist gemäß Bartin das nationale Gesetz auch einschlägig für die allgemeinen Voraussetzungen, um Kaufmann zu werden (capacité requise pour prendre la qualité de commerçant).[12] Dabei fällt auf, daß Bartin im Gegensatz besonders zu älteren Autoren unterscheidet zwischen dem Statut der Hauptfrage und dem Statut für die "capacité commerciale". Zwar sei unbestreitbar das territoriale Gesetz berufen, die berufliche Aktivität zu regeln, es habe aber nicht das Recht, die Fähigkeit selber zu regeln. Das lokale Gesetz sei beschränkt auf die Folgen, die sich aus der Kaufmannseigenschaft ableiten.[13]

Die Kaufmannseigenschaft selber sieht Bartin in direkter Verbindung mit der Rechts- und Geschäftsfähigkeit. Die insoweit angestellten Überlegungen führten auch dazu, die Kaufmannseigenschaft nach dem nationalen Recht zu bestimmen.[14] Bartin tritt somit für eine Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft nach dem nationalen Gesetz ein.

---

11) Bartin, Principes I (1930), 192: "Nous appliquons la loi nationale, en dehors de toute question de capacité juridique proprement dite, a toutes les questions de validité des actes juridiques ... où cette validité dépend de la protection que la loi nationale se réserve d'exercer sur l'individu."

12) Nach Art.2 fr.c.com.1807 kann ein Minderjähriger nicht Kaufmann werden. Gemäß Art.4 it.c.com., 1865, wie auch gem. Art.9 it.c.com.1892, bedürften Minderjährige einer besonderen, gerichtlich bestätigten Erlaubnis. Andere Bestimmungen sahen Verbote oder Beschränkungen für verheiratete Frauen vor. Dies wurde in Frankreich erst durch das Gesetz vom 13.7. 1965 abgeschafft.

13) Bartin, Principes II (1932), 47: "Si la loi locale est seule appelée à régir les conséquences de droit privé qui résultent de la qualité de commerçant ... elle n'a pas plus de titres à déterminer la capacité nécessaire pour devenir commerçant..."

14) ders., II, 47

./.

An diesem Beispiel zeigt sich auch bei Bartin der Einfluß der it.Schule, die dem nationalen Gesetz einen weiten Bereich einräumte. Das französische Recht ist schon wegen des Mangels an gesetzlichen Kollisionsregeln fast jeder Grundhaltung zugänglich. Somit ließ sich die italienische Ausdehnung des nationalen Gesetzes, trotz des auf Souveränitätsgedanken begründenden Positivismus Bartins, leicht mit dem Staatsangehörigkeitsprinzip des Art.3 c.civ. vereinbaren. Fallen gelassen wurde die it. Idee eines universellen Kollisionsrechts. Bartin unterscheidet sich aber auch von dem Weg einer it.Schule, der von Weiss eingeschlagen wurde. Weiss unterstellte gemäß seiner Auffassung von der Personalität der Gesetze nicht nur die Kaufmannseigenschaft, sondern auch die sie begleitenden Rechte und Pflichten dem nationalen Recht.

./.

3. TEIL: HAUPTTEIL

I. Untersuchung des deutschen Kollisionsrechts

In einem ersten Abschnitt ist zu prüfen, ob die Kaufmannseigenschaft einer Anknüpfungsfrage zuzuordnen ist, für die eine anerkannte Kollisionsregel bereits besteht.

1. Quellen des deutschen IPR

Um die möglichen Rechtsquellen, aus denen eine Regel abgeleitet werden könnte, zu bestimmen, ist es zunächst wichtig festzustellen, welchem Rechtsgebiet das IPR zuzuordnen ist.

a) Abgrenzung des IPR zum Völkerrecht

Nach heutiger Auffassung ist IPR staatliches Recht und dem Privatrecht zuzuordnen. Die Versuche von Zitelmann[1] und Frankenstein,[2] wenigstens die Grundanknüpfung kollisionsrechtlicher Fragen dem Völkerrecht zu entnehmen, gelten als überholt.[3]

---

1) Internationales Privatrecht, Bd.I (1897) und Bd.II (1912

2) Grenzrecht I-IV (1926-1935); zu Frankenstein vgl. oben S.85 ff.

3) Neuhaus, JbIntR Bd.21 (1978), S.60, faßt seine Untersuchung wie folgt zusammen, S.71: "Insgesamt erweist sich der Beitrag des Völkerrechts zum IPR als gering. Zur Begründung des IPR ist er entbehrlich; für die Fragestellung eher verwirrend; bei der Auffindung neuer Anknüpfungen nutzlos; ... bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts eines Staates unpassend." A.M. Lorenz, E., nach dessen Ansicht sich Kollisionsrecht nicht völkerrechtlich fundieren läßt. Vielmehr beruhe Kollisionsrecht auf dem Gleichheitssatz, dem das Streben nach Gerechtigkeit immanent sei, Lorenz, E., Festschrift Duden (1977), 229 (248 f).

Völkerrecht regelt nur das Verhältnis zwischen souveränen Staaten. Die insoweit bestehenden gegenseitigen Verpflichtungen sind zu vage, um daraus ausreichend konkrete Kollisionsregeln für Rechtsverhältnisse zwischen Privatpersonen herzuleiten. Allgemeine Regeln können aber dem berechtigten Interesse nach Rechtssicherheit nicht genügen. Dem Völkerrecht ließe sich allenfalls als einzige Regel entnehmen, daß es völkerrechtswidrig wäre, wenn ein Staat überhaupt keine Kollisionsnormen aufstellte und kein ausländisches Recht anwendete.[4] Deswegen ist auch die Ansicht Frankensteins abzulehnen, die Kaufmannseigenschaft primär der Personalhoheit, verstanden als völkerrechtlichen Anknüpfungssatz, eines Staates zuzuordnen.[5]

b) Quellen des deutschen Landesrechts

Da IPR staatliches Privatrecht ist, kommt als Rechtsquelle vornehmlich deutsches Landesrecht, aber auch das in Staatsverträgen geregelte Recht in Betracht. Das deutsche Landesrecht umfaßt neben Art.7-31 EGBGB auch einzelne, eventuell versteckte Kollisionsregeln, sowie Gewohnheitsrecht für die ungeregelten Teile des deutschen IPR.[6] Das gesetzlich bestimmte Kollisionsrecht enthält jedenfalls keine ausdrückliche Regel für die eingangs gestellte Frage. Auch die neueren Entwürfe für ein deutsches Kollisionsrecht haben das Problem der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft nicht berücksichtigt.[7]

---

4) Raape/Sturm, IPR (1977), S.44

5) Frankenstein, Grenzrecht II (1929), S.408; vgl. oben S.88

6) Kegel, IPR (1977), S.98

7) Vgl. den im Bundesjustizministerium ausgearbeiteten Entwurf eines Gesetzes zur Reform eines internationalen Privat- und Verfahrensrechts, in: Kühne, G., IPR-Gesetz-Entwurf, Heidelberg 1980

./.

Im deutschen IPR hat sich kein Satz des Gewohnheitsrechts herausgebildet, nach dem die Kaufmannseigenschaft nach der einen oder anderen Regel anzuknüpfen sei. Gewohnheitsrecht entsteht durch "längere tatsächliche Übung, die dauernd und ständig, gleichmäßig und allgemein war und von den beteiligten Rechtsgenossen als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wurde".[8] Eine solche Tradition besteht im deutschen Recht im Hinblick auf die Kaufmannseigenschaft nicht. Vielfach wurde die Frage überhaupt nicht behandelt,[9] verschiedene Lösungen wurden für möglich gehalten[10] oder die Frage wurde unterschiedlich gelöst.[11] Die deutsche Rechtsprechung zu dieser Frage besteht nur aus einer einzigen veröffentlichten Entscheidung, in der das Problem erkannt wurde, in der aber auch ohne eine Problemerörterung auf ein vorbereitendes Gutachten des Max-Planck-Instituts für IPR verwiesen wurde.[12]

2. Abgrenzung der Kaufmannseigenschaft zu vergleichbaren Rechtsinstituten

Zwar besteht keine ausdrückliche oder allgemein anerkannte Kollisionsregel für die eingangs gestellte Frage, jedoch könnte es sein,

---

8) BVerfGE 28 (1970), 28

9) So z.B. Kegel, IPR (1977); ders. in Soergel-Siebert (1970); Raape-Sturm, IPR (1977)

10) Köln, IPG 1965/66 Nr.10, S.90 (99), das die Frage offen lassen konnte; vgl. Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.346

11) Vgl. nur die abweichenden Meinungen in Staudinger, von Beitzke, vor Art. 12 EGBGB Nr.219 (1970), oder Firsching, Art.7 EGBGB Nr.23 (1978), vgl. auch oben S.9 Fn 4.

12) LG Hamburg, IPRspr.1958/59 Nr.22, S.69. Das Gutachten vom 4.6.1957, G 56/57 blieb unveröffentlicht. Dazu s.u. S.358.

./.

die Kaufmannseigenschaft anderen, verwandten Rechtsinstituten zuzuordnen, für die das deutsche Recht eine Kollisionsregel zur Verfügung stellt. Es ist also zu fragen, ob die Kaufmannseigenschaft unter eine der bestehenden Kollisionsregeln zu qualifizieren ist. In diesem Zusammenhang ist die Kaufmannseigenschaft von anderen benachbarten Rechtsinstituten abzugrenzen.

a) Rechts- und Geschäftsfähigkeit

Die Kaufmannseigenschaft könnte der Frage der Rechts- und Geschäftsfähigkeit (capacité, capacità)[1] gleichzusetzen sein, mit der Folge, daß Art.7 EGBGB unmittelbar anwendbar wäre.

Die Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, überhaupt Rechte und Pflichten zu haben.[2] Damit kann die Kaufmannseigenschaft nicht verglichen werden, denn sie betrifft nicht nur die Frage, ob Rechte und Pflichten bestehen, sondern sie hat auch Bedeutung für den Inhalt der Rechte und den Umfang der Pflichten.

Die Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit, persönlich seine Rechte und Pflichten durch Rechtsgeschäfte zu gestalten.[3] Diese Fähigkeit ist zwar Voraussetzung, um Kaufmann zu sein, die Kaufmannseigenschaft führt aber weiter. Sie hat, soweit sie die Fähigkeit beinhaltet, Handel zu treiben, Einfluß auf die Art und Weise der Geschäftsgestaltung. Über das Handelsrecht wird zu diesem Zweck ein weiteres Instrumentarium angeboten. Insofern ist es gerechtfertigt, die Kaufmannseigenschaft als eine Art gesteigerte Geschäftsfähigkeit zu charakterisieren. Während je-

---

1) Ausländisches Recht unterscheidet oft nicht zwischen Rechts- und Geschäftsfähigkeit.

2) Kegel, IPR (1977), S.246

3) Kegel, IPR (1977), S.255

./.

doch die allgemeine Geschäftsfähigkeit Handlungsvoraussetzung für viele Bereiche des täglichen Lebens ist, wirkt sich die Kaufmannseigenschaft nur auf das Berufsleben aus. Dieser Zusammenhang könnte dazu führen, die Kaufmannseigenschaft anders als die Geschäftsfähigkeit anzuknüpfen. So hat im Handelsverkehr der Individualschutz des Handelnden weniger Gewicht als der Verkehrsschutz und es ist das Interesse an einem reibungslosen Ablauf der Geschäfte zu beachten, daß eine leicht praktikable Regelung gefunden wird. Somit scheidet eine direkte Anwendung des Art.7 EGBGB aus.

Denkbar ist, in der Kaufmannseigenschaft eine andere Eigenschaft der Person zu sehen, die dem Personalstatut kollisionsrechtlich zuzuordnen ist. Im 18.Jahrhundert hatte die Kaufmannseigenschaft sogar Einfluß auf den Stand, d.h. auf die Stellung in der Rechtsgemeinschaft. Sie hing damals von der Aufnahme des Gewerbetreibenden in eine kaufmännische Zunft oder Gilde ab[4] und bedeutete gleichzeitig einen Aufstieg in den Bürgerstand. Dieser wiederum besaß z.B. in der französischen Nationalversammlung eine gegenüber der übrigen Bevölkerung privilegierte Stellung. Dem ist die heutige Rechtslage nicht vergleichbar. Die Kaufmannseigenschaft wird weder durch Geburt erworben, noch bestehen für Kaufleute irgendwelche gesellschaftlichen Privilegien. Die Kaufmannseigenschaft wird durch die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten erlangt und sie endet mit der Aufgabe dieses Berufs.

---

4) Vgl. zur Rechtssituation nach dem ALR oben S.11 ff.

./.

Die Kaufmannseigenschaft ist keine Statusfrage,[5] sondern ausschließlich ein berufsbezogener Begriff, denn er hat nur Auswirkungen auf die die Berufsausübung regelnden Vorschriften.

Da die Kaufmannseigenschaft weder der Rechts- noch der Geschäftsfähigkeit, noch in anderer Beziehung dem Personalstatut zuzuordnen ist, kann Art.7 I EGBGB[6] sowie die entsprechende, für juristische Personen kraft Gewohnheitsrecht geltende Regel, nach der das Recht am Sitz der Hauptverwaltung maßgeblich ist,[7] jedenfalls nicht unmittelbar angewendet werden. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß die Kaufmannseigenschaft in personaler Weise anzuknüpfen ist. Die Wertung des Art.7 EGBGB wird bei der Anknüpfungsfrage zu berücksichtigen sein. Zunächst steht nur fest, daß diese Vorschrift die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft nicht unmittelbar erfaßt.

b) Besondere Geschäftsfähigkeit

Von der allgemeinen Geschäftsfähigkeit ist jedoch die besondere Geschäftsfähigkeit (bzw. Sondergeschäftsfähigkeit) abzugrenzen. Darunter wird nur eine Geschäftsfähigkeit verstanden, die für die Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte erforderlich ist und die häufig altersmäßig von der allgemeinen Geschäftsfähigkeit abweicht, wie etwa die Testierfähigkeit, die Ehefähigkeit und die

---

5) Nach Cavaglieri hat die Kaufmannseigenschaft Einfluß auf den "Status" einer Person (... la condizione di commerciante costituisca un vero e proprio stato dell'individuo ...", Cavaglieri, Dir.int.com.(1936),S.117). Unter Verwendung dieses Begriffs folgt Cavaglieri aber nicht mehr der klassischen Auffassung von einem Status als besondere juristische Qualität einer Person, sondern er versteht unter dem Begriff "stato" eine Art des Seins, die auf die juristische Beziehung im Hinblick auf die berufliche Aktivität des Kaufmanns Einfluß habe, Cavaglieri, a.gl.O. Dazu, daß unter den Begriffen Status, status, statut, stato in den jeweiligen Rechtsordnungen oft sehr Unterschiedliches verstanden wird,vgl.Neuhaus, Grundbegriffe (1976),S.199 f. Zu der Frage, ob für die Kaufmannseigenschaft einer Person das Recht der Staatsangehörigkeit maßgeblich ist, vgl.unten S.153.

6) Dem entspricht im französischen Recht Art.3 III c.civ. 1806 und im italienischen Recht Art.6 disp.prel.c.civ.1942.

7) Kegel, IPR (1977), S.96, 263

./.

Deliktsfähigkeit.[1] Diese Sondergeschäftsfähigkeit bestimmt sich grundsätzlich nach dem Wirkungsstatut.[2] Dieser Gruppe ist auch die Börsengeschäftsfähigkeit zuzuordnen, wobei es darauf ankommt, ob die betreffende Person zu der Börse zugelassen wurde, an der die Geschäfte getätigt werden.[3]

Die Kaufmannseigenschaft könnte als eine besondere Geschäftsfähigkeit zum Abschluß handelsrechtlicher Verträge begriffen werden, mit der Folge, daß sie nach dem jeweiligen Vertragsstatut zu bestimmen sei.

Um diese Frage zu beantworten, ist die Kaufmannseigenschaft mit den oben erwähnten Rechtsinstituten zu vergleichen, wobei zu prüfen ist, weshalb diese besonderen Geschäftsfähigkeiten dem jeweiligen Wirkungsstatut entnommen werden. Im allgemeinen ist es jedenfalls für eine Person günstiger, nicht nach der jeweiligen lex causae, sondern nach ihrem Personalstatut, also dem vertrauten Recht beurteilt zu werden.

Der Nachteil, der sich aus einer unselbständigen Anknüpfung für den zu Beurteilenden ergibt, erscheint, soweit die Deliktsfähigkeit zu klären ist, dem Schadensverursacher deshalb zumutbar zu sein, weil er auf Grund seines Vorverhaltens weniger schutzwürdig ist als etwa der Verletzte. Diese Überlegung trifft für die Kaufmannseigenschaft nicht zu.

Die unselbständige Anknüpfung der Ehe- oder Testierfähigkeit wirkt sich für den zu Beurteilenden nicht nachteilig aus, da

---

1) Vgl. Siehr, StAZ 76, 356 (357, insb.Fn 4)

2) Kegel, in: Soergel-Siebert, BGB (1970), Art.7 EGBGB, Rz 8; Siehr, a.gl.O. (Fn 1); Jayme/Koussoulas, StAZ 80, 38 (40)

3) Staudinger/Beitzke, Art.7 EGBGB (1970), Rdn.23.

./.

schon die lex causae personal bestimmt wurde, Art.13 I, 24, 25 EGBGB; die selbständige wie unselbständige Anknüpfung führte zum gleichen Ergebnis. Anders wirkte sich eine unselbständige Anknüpfung auf die Kaufmannseigenschaft aus, da das maßgebliche Vertragsstatut häufig wechseln wird.

In anderen Fällen, in denen der Betroffene schützenswert erscheint, und in denen die lex causae vom Personalstatut des zu Beurteilenden abweicht, kcmmt dagegen auch eine Sonderanknüpfung einer besonderen Geschäftsfähigkeit in Betracht. So ist vorgeschlagen worden, die besondere Geschäftsfähigkeit zur Abgabe eines Vaterschaftsanerkenntnisses (§ 1600 d I Satz 1 BGB) selbständig anzuknüpfen.[4] Schon diese Beobachtungen lassen daran zweifeln, ob an dem Grundsatz der unselbständigen Bestimmung von besonderen Geschäftsfähigkeiten festgehalten werden kann.

Der entscheidende Unterschied der Kaufmannseigenschaft zu diesen besonderen Geschäftsfähigkeiten besteht jedoch darin, daß letztere nur für einzelne Rechtshandlungen, die nicht zu den Alltagsgeschäften gezählt werden können, von Bedeutung ist, während sich die Kaufmannseigenschaft auf fast alle Verträge, die im Rahmen des Gewerbes ständig abgeschlossen werden, auswirken kann. Diese Überlegungen sprechen insgesamt dagegen, die Kaufmannseigenschaft der Gruppe der besonderen Geschäftsfähigkeiten zuzurechnen; die Anknüpfungsfrage bleibt offen.

c) Handelsmündigkeit

Die Kaufmannseigenschaft ist von der sog. Handelsmündigkeit (capacité commerciale) zu unterscheiden. Die Handelsmündigkeit betrifft die Frage, ob gewisse Personen gehindert sind, Kaufmann

---

4) Siehr, StAZ 76, 356 ff; zustimmend: Jayme-Koussoulas, StAZ 80, 38 (40)

./.

zu werden, oder ob sie diesbezüglich Beschränkungen unterliegen. So gibt es Regelungen, die einer verheirateten Frau[1] und Minderjährigen[2] gänzlich untersagen, Kaufmann zu werden, oder dies von einer besonderen Zustimmung abhängig machen. Zu diesem Bereich gehören auch Normen, nach denen z.B. ein Vormund oder die Eltern eines Kindes einer gerichtlichen Genehmigung bedürfen, wenn sie für das Kind bzw. das Mündel bestimmte, mit der Ausübung des Gewerbes in Zusammenhang stehende Geschäfte ausüben wollen.[3]

---

1) Art.13 it.c.com.1882 idF bis 1919 sah vor, daß eine verheiratete Frau nur mit Zustimmung des Ehemannes Kaufmann werden konnte. Die gleiche Regelung enthielt der 1965 geänderte Art.4 fr.c.com. a.F.

2) Art.8 it.c.com.1882 sah vor, daß ein Minderjähriger nur mit Zustimmung der Eltern, des Familienrates oder des Gerichts Kaufmann werden konnte. Ähnlich Art.2 des fr.c.com. a.F. Während in Italien der minderjährige Kaufmann für alle mit der Gewerbeausübung in Zusammenhang stehenden Geschäfte als befugt galt, Art.11 it.c.com.1882, sah das französische Recht einen weiteren Schutz für den minderjährigen Kaufmann vor, denn er bedurfte für die Veräußerung oder Belastung von Immobilien einer besonderen Zustimmung, etwa der des Familienrats, Art.6 fr.c.com. a.F. iVm Art.454 c.civ.

3) Vgl. für das deutsche Recht die §§ 1822 Nr.3, 4 iVm § 1629 II Satz 1 BGB. Mit der Frage der Handelsmündigkeit darf jedoch nicht die Frage verwechselt werden, ob gewisse Berufsgruppen Kaufleute werden können. Zu nennen wären etwa Rechtsanwälte, Mediziner oder sonstige "freie" Berufe. Diese Berufe werden im deutschen Recht über den Begriff "Gewerbe", § 1 I HGB, von der Kaufmannseigenschaft ausgenommen. Das französische Recht führt zu dem gleichen Ergebnis. Die Abgrenzung dieser Berufsgruppen von der Kaufmannseigenschaft ist Element der Definition des Kaufmanns. Sie kann somit nicht von dem Statut, dem die Definition des Kaufmanns obliegt, abgespalten werden.

./.

Da das Erfordernis der Handelsmündigkeit eine erste Voraussetzung ist, um Kaufmann zu werden, soll im folgenden kurz dargestellt werden, welche materiellrechtlichen Regelungen diesbezüglich das heutige deutsche, italienische und französische Recht enthalten. Daran schließt sich die Frage an, wie die Handelsmündigkeit kollisionsrechtlich anzuknüpfen ist. Schließlich wird zu prüfen sein, ob sich Parallelen zur Kaufmannseigenschaft ergeben, die eine gleichartige kollisionsrechtliche Behandlung nahelegen.

(1) Unterschiedlichkeit der Regelungen

Nach heutiger Rechtslage bestehen in Deutschland, Frankreich und Italien für eine verheiratete Frau keine Beschränkungen mehr. Allerdings ist der Schutz des Minderjährigen in diesen Ländern unterschiedlich ausgestaltet.

Nach deutschem Recht kann der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters - es werden in der Regel die Eltern sein - und mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein Erwerbsgeschäft betreiben, §§ 112, 106 BGB. Die nach § 112 BGB erteilte Erlaubnis schließt die Befugnis ein, auch ein Handelsgewerbe auszuüben. Aber selbst in diesem Fall bedarf der minderjährige Kaufmann für die "gefährlichen" Geschäfte der §§ 1821 f BGB einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, § 112 I 2 BGB.

In Frankreich ist es dagegen Minderjährigen kategorisch verboten, Kaufmann zu sein, Art.2 c.com.[4)]

Für die in Italien vergleichbare Frage, ob ein Minderjähriger ein Unternehmen betreiben darf, enthält nur Art.397 it.c.civ.

---

4) idF seit 1917

./.

1942 eine Ausnahme von dem grundsätzlich vorgesehenen Verbot. Die Vorschrift erlaubt dem Minderjährigen, der für volljährig erklärt wurde (minore emancipato),[5] um eine gerichtliche Genehmigung zur Führung eines Unternehmens nachzusuchen.

(2) Anknüpfungsmöglichkeiten

Die Unterschiedlichkeit der Sachnormen erzwingt die Frage nach der maßgeblichen Kollisionsregel.

Das alte italienische Handelsrecht enthielt in Art.58 des c.com. 1882 die lex loci contractus-Regel, die als Generalanknüpfung für Handelsgeschäfte konzipiert war. Nach damaligem Recht war somit auch die Handelsgeschäftsfähigkeit dem jeweiligen Ortsrecht zu entnehmen. Ziel dieser Regel war, die besonderen im Handelsverkehr wichtigen Interessen abzusichern. Die Schnelligkeit und Leichtigkeit des Geschäftsverkehrs sollte nicht durch die oft schwierige Feststellung des personalen Rechts gehemmt werden. Besondere Bedeutung genoß der Vertrauensschutz der Vertragspartei in die Gültigkeit der Handelsverträge.[6] Diese Regel führte jedoch zu erheblichen Schwierigkeiten, denn so mußte etwa der Minderjährige in jedem Land, in dem er auch nur ein einziges Geschäft einging, den verschiedenen lokalen Erforder-

---

5) Diese Stellung hat nur noch der verheiratete Minderjährige, Art.390 c. civ.1942. Die Möglichkeit, einen 18-jährigen Minderjährigen für volljährig zu erklären, Art.391 c.civ.a.F., hat sich mit Senkung des Volljährigkeitsalters auf 18 Jahre, Art.2 c.civ., erübrigt.

6) Vgl. die von Mancini verfaßten Motive zu dem Entwurf des it.c.com.1882 in: Mancini, Relazione (1878), S.209. Auch im amerikanischen Recht gilt im allgemeinen die lex loci contractus-Regel für die "capacity", vgl. Beale, Treatise on the conflict of laws, II, New York 1935, S.1177. Dies beruht im amerikanischen Recht aber eher auf einer territorialen Grundanschauung, denn das amerikanische Recht hat die in der 2.Hälfte des 19. Jahrhunderts vollzogene Entwicklung des Personalstatuts nicht mitgemacht.

./.

nissen nachkommen. Dies ist besonders umständlich, wenn ein formaler Akt der Gestattung, wie etwa eine gerichtliche Entscheidung, notwendig ist. Der vormundschaftliche Minderjährigenschutz wäre schwierig zu gestalten, wenn je nach Handlungsort verschiedene Gerichte zuständig wären.

Bei einer lex loci-Regel bestünde die Gefahr der Umgehung des Minderjährigenschutzes. Häufig kommt es vor, daß eine Person im Ausland, d.h. in einem anderen Land als dem ihrer Niederlassung, ein vereinzeltes Handelsgeschäft vornimmt, für das sie nach ihrem Personalstatut nicht handelsmündig wäre. Das ist z.B. der Fall, wenn ein in Deutschland niedergelassener Kaufmann in Italien ein dort gelegenes Grundstück verkauft. Nach deutschem Recht bedürfte er der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, § 112 I Satz 2 iVm § 1821 Nr.1 BGB. Eine solche Beschränkung sieht das italienische Recht für den Minderjährigen, dem die Erlaubnis zum Betreiben eines kaufmännischen Unternehmens erteilt wurde, nicht vor, Art.397 III c.civ.1942.[7] Somit bestünde die Möglichkeit, daß Personen, denen ihr Heimatrecht Beschränkungen auferlegt, sich dem entziehen, indem sie die Geschäfte in einem anderen Land ausführen. Das frühere italienische Recht hat diese Einschränkung des Personenschutzes bewußt in Kauf genommen. Dies erscheint heute jedoch nicht mehr zeitgemäß.

Als weitere denkbare Anknüpfung haben einige französische Autoren vorgeschlagen, die Handelsmündigkeit nach dem Recht am Ort der Niederlassung zu beurteilen.[8] In dieser Regel wurden vor allem Vorzüge gegenüber dem Personalstatut, verstanden als dem Recht der Staatsangehörigkeit des Minderjährigen, gesehen. Auch der

---

7) Dies geht schon auf die in Art.11 it.c.com.1882 getroffene Entscheidung zurück, nach der auch der minderjährige Kaufmann Geschäftsgrundstücke verkaufen durfte.

8) Niboyet, Traité (1947) Nr.1124, S.96; Roblot, Traité I (1980) Nr.249, S.152.

./.

minderjährige Gewerbetreibende müsse sich, wenn er im Ausland ein Gewerbe eröffnen wolle, auf die dortigen Gegebenheiten einstellen. Diese Notwendigkeit sei wichtiger als der entsprechende Personenschutz des heimatlichen Rechts. Des weiteren sei dem Verkehrsschutz am Ort der Niederlassung gedient, wenn sich Geschäftspartner nicht von einem ortsfremden Recht überraschen lassen müssen.

Auch sprächen Gründe der Chancengleichheit, die im Handelsverkehr besonderes Gewicht haben, dafür, das Recht der gewerblichen Niederlassung anzuwenden, denn sonst könnten Ausländer im Inland begünstigt sein. Die Handelsmündigkeit wird in diesem Zusammenhang als ein Element des Berufsrechts aufgefaßt und als ein derartiges Recht dem territorialen Recht des Ortes zugeordnet, an dem der Handel ausgeübt wird.[9)]

Diese Regel führt jedoch zu beachtlichen Ungereimtheiten. Im Konfliktfall, also wenn ein Minderjähriger im Ausland eine Niederlassung eröffnete, wäre unterschiedliches Recht für die allgemeine Geschäftsfähigkeit und für die Handelsmündigkeit maßgeblich. Das führte deshalb zu Anpassungsproblemen, da die entsprechenden Regelungen in jeder Rechtsordnung aufeinander abgestimmt sind. Nur eine Rechtsordnung, die das Instrument einer

---

9) Diese Überlegungen mündeten in eine Entschließung des Comité français de droit international privé, Proposition de loi sur la capacité du commerçant dans les rapports internationaux, in: Travaux du Comité français 1935, S.169, mit Erläuterungen von Batiffol, a.gl.O.: "La capacité du commerçant, français ou étranger, est régie par la loi du pays ou il est établi."
Gesetz geworden ist eine solche Regelung in Art.9 III des polnischen Gesetzes für IPR vom 12.11.1965. Eine französische Übersetzung enthält: Polkiej Akademii Nauk, Droit polonais contemporain, Bd.7/8 Warschau 1967, S.79. Die gleiche Regelung enthielt schon Art.2 des polnischen Gesetzes für IPR vom 2.8.1926.

./.

beschränkten Geschäftsfähigkeit kennt, wird eine § 112 BGB vergleichbare Regelung enthalten. Und für eine Rechtsordnung, in der das Volljährigkeitsalter relativ niedrig angesetzt ist, wird eine § 112 BGB vergleichbare Regelung oft überflüssig sein. Dies zeigt sich schon am Beispiel des französischen Rechts, denn mit Senkung des Volljährigkeitsalters ist die Genehmigungsmöglichkeit des Art.6 c.com. a.F. weggefallen.

Der Minderjährigenschutz ist bei der Anknüpfung der Handelsmündigkeit an die Niederlassung nicht in vollem Maße gewährleistet. Denkbar ist, daß der Minderjährige in einem fremden Land eine Niederlassung gründet. Dies wird im Bereich der Europäischen Gemeinschaft durch die in den Art.52 ff des Vertrages von Rom abgesicherten Niederlassungsfreiheit erleichtert. So könnte ein minderjähriger Franzose, der gem. Art.2 fr.c.com. kein Kaufmann sein kann, auf diesem Weg in Deutschland über § 112 BGB gegebenenfalls eine Genehmigung für das Betreiben eines kaufmännischen Gewerbes erreichen.

Diese Überlegungen führen die hM dazu, auch die Handelsmündigkeit dem Personalstatut, verstanden als dem Recht der Staatsangehörigkeit, zu unterstellen und Art.7 EGBGB anzuwenden.[10] Die Handelsmündigkeit sei, und dem ist zuzustimmen, eine spezielle Frage des Minderjährigenschutzes.[11] Sie gesondert anzuknüpfen,

---

10) Statt vieler: Bartin, Principes II (1932), S.46; Hamel/Lagarde, Traité I (1954), S.497; Lehmann, J.Cl., Rép.int., v.commercants, Fasc.561 (1979) Nr.17; Diena, Trattato I (1900), Nr.19, S.129; Cavaglieri, Dir.int.com. (1936), S.119; von Bar, Theorie II (1889), S.131; Ficker, RvglHWB (1933), S.462; Wolff, IPR (1954), S.105.

11) Die Verbindung zum Minderjährigenschutz wird in Frankreich wohl deshalb nicht so deutlich gesehen, weil die Handelsmündigkeit im Handelsgesetzbuch geregelt ist und nicht, wie in Deutschland, im Rahmen des sonstigen Minderjährigenschutzes.

./.

bedeutete eine teilweise Aushöhlung dieses Schutzes in einem Bereich, für den er besonders wichtig ist. Ist Art.7 EGBGB maßgeblich, so werden Anpassungsschwierigkeiten, die bei einer Aufspaltung des Statuts für die allgemeine Geschäftsfähigkeit und die Handelsmündigkeit zu erwarten sind, vermieden.

Auch aus dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes besteht kein dringendes Erfordernis, die Handelsmündigkeit nach dem Recht am Ort der Niederlassung zu bestimmen. Der Schutz der Geschäftspartner am Ort der Niederlassung kann auch erreicht werden, wenn die Handelsmündigkeit gem.Art.7 I EGBGB dem Personalstatut unterliegt. Nur selten wird der Fall eintreten, daß zwar die Handelsfähigkeit nach dem Recht am Ort der Niederlassung zu bejahen ist, während sie nach dem Heimatrecht nicht vorliegt. Für diese verbleibenden Fälle kann ein ausreichender Schutz über Art.7 III EGBGB und die vergleichbaren ausländischen Regelungen[12)] erreicht werden.

Somit erscheint eine vom Personalstatut abgespaltene Anknüpfung der Handelsmündigkeit nicht angebracht. Die Handelsmündigkeit ist wie die allgemeine Geschäftsfähigkeit gem. Art.7 EGBGB anzuknüpfen.

(3) Abgrenzung zur Kaufmannseigenschaft

Zwischen der Handelsmündigkeit und der Kaufmannseigenschaft bestehen gewisse Verbindungen. So ist die Handelsmündigkeit eine erste Voraussetzung, um Kaufmann zu werden. Dennoch können beide Fragen nicht gleichgesetzt werden, denn mit ihnen werden ver-

12) Dem entspricht im it.Recht die Regelung in Art.17 II it.c.civ.1942. Die gleichen Grundsätze gelten im französischen Recht seit der durch den berühmten Fall Lizardi, Cour de Cass. 16.1.1861, D.1861.1.193 begründeten und seitdem ständig fortgesetzten Rechtsprechung.

./.

schiedene Ziele verfolgt. Über die Regelung der Handelsmündigkeit soll der Schutz einer Person erreicht werden. Die Kaufmannseigenschaft dient dagegen vornehmlich als Abgrenzungsmerkmal für die Anwendung oder Nichtanwendung gesonderten Rechts oder für die Begründung besonderer Verpflichtungen. So mag es sein, daß sich, da beide Fragen Einfluß auf den Handelsverkehr haben, hinsichtlich der maßgeblichen Anknüpfungsgesichtspunkte Parallelen ergeben. Es wäre jedoch verfehlt, die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft von vorneherein den gleichen Kollisionsregeln zu unterwerfen, die für die Handelsmündigkeit bestehen.

d) Handelsgeschäft

In diesem Abschnitt ist das Verhältnis der Kaufmannseigenschaft zu dem Begriff des Handelsgeschäfts zu klären. Zwar ist Handelsrecht das Sonderrecht für Kaufleute; diese Eigenschaft alleine reicht aber nicht aus, um die Anwendbarkeit von Handelsrecht zu begründen.

Deutsches Recht erfordert dafür zunächst das Vorliegen eines "Handelsgeschäfts". Dies setzt neben der Kaufmannseigenschaft voraus, daß die Geschäfte "zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören", § 343 I HGB, d.h. im Rahmen dieser Geschäftstätigkeit vorgenommen werden. Mit dieser Abgrenzung sollen die Geschäfte des privaten Lebensbereichs dem Handelsrecht entzogen werden. Die Kaufmannseigenschaft ist folglich neben anderen nur eine der notwendigen Voraussetzungen für die Anwendung des Sonderrechts.[1)]

---

1) Das deutsche Recht geht von dem Prinzip des einseitigen Handelsgeschäfts aus. Das bedeutet, daß es grundsätzlich genügt, wenn auf einer Seite des Vertrages ein Kaufmann beteiligt ist, § 345 HGB. Dieser Grundsatz wird jedoch dadurch verkehrt, daß die meisten Sachnormen ein sog. zweiseitiges Handelsgeschäft erfordern. Das Gesetz benutzt dafür z.B. die Ausdrücke "unter Kaufleuten" (§ 346 HGB) oder "für beide Teile ein Handelsgeschäft" (§ 377 I HGB). Andere, gegenüber dem Bürgerlichen Recht strengere Vorschriften gelten nur gegenüber der kaufmännischen Partei. So z.B. in § 343 HGB, wonach die besondere Sorgfaltspflicht nur für ein Geschäft des Kaufmanns gilt, "das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist".

Eine im Ergebnis ähnliche Abgrenzung findet sich im französischen Recht, wo der Begriff acte de commerce (a.d.c.) zentraler Anknüpfungspunkt für Handelsrecht ist. Die Geschäftsarten, die als a.d.c. bezeichnet werden, sind in den Art.632 ff c.com. aufgezählt. Die Kaufmannseigenschaft wirkt sich erst insofern aus, als die Anwendung des Handelsrechts über die Theorie vom a.d.c. par accessoire allerdings entscheidend relativiert wird.[2] Andere Rechtsordnungen, besonders im anglo-amerikanischen Rechtskreis, kennen eine solche Unterscheidung zwischen Handelsrecht und sonstigem Zivilrecht nicht.

Wenn nun ein Franzose mit einem Deutschen einen Vertrag schließt, der deutschem Recht untersteht, könnte man erwägen, die Anwendungsfrage für Handelsrecht, jedenfalls soweit es den französischen Teil betrifft, französischem Recht zu überlassen. Dagegen bestehen jedoch erhebliche Bedenken. Stellt eine Rechtsordnung materiell abweichende Sachnormen für besondere Rechtsgeschäfte zur Verfügung (dualistisches System), obliegt es auch dieser Rechtsordnung, die Kriterien zu bestimmen, nach denen die eine oder andere Normengruppe gelten soll. Eine fremde Rechtsnorm könnte diese Aufgabe nicht übernehmen, ohne daß es zu Diskrepanzen käme, denn bürgerliches Recht und Handelsrecht sind regelmäßig fein aufeinander abgestimmt. Das Handelsrecht sitzt sozusagen auf dem bürgerlichen Recht, dessen Regeln immer ergänzend eingreifen. Würde das französische Recht, um zu obigem Beispiel zurückzukehren, etwa aussagen, daß das Geschäft dem allgemeinen Zivilrecht zuzuordnen ist, während das deutsche Recht seinerseits Handelsrecht zur Anwendung bringen möchte, und würde man daraus folgern wollen, daß für die französische Seite des Vertrages nur bürgerliches Recht gelte, während der deutsche Vertragspartner dem Handelsrecht unterstehe, so käme es zu der schwierigen Situation, daß für ein und denselben Vertrag zweier-

---

2) Vgl. dazu die Darlegung der Theorie auf S.19

lei Recht maßgeblich ist. Ein solches Ergebnis ist zu vermeiden und dieses Ziel hat auch in § 345 HGB seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Diese Vorschrift sagt eben für solche sog. einseitigen Handelsgeschäfte aus, daß "für beide Teile gleichmäßig" Handelsrecht zur Anwendung kommt.

Es obliegt somit ausschließlich dem jeweiligen Vertragsstatut (lex causae), über die Frage der Maßgeblichkeit des Sonderrechts zu entscheiden.[3] Soweit das Gesetz eine Vermutung für die Gewerbsmäßigkeit der von Kaufleuten geschlossenen Verträge aufstellt,[4] untersteht diese Beweislastregel gleichfalls der lex causae. Damit soll abgesichert werden, daß sich der Kaufmann nicht dem Handelsrecht dadurch entziehen kann, indem er behauptet, das Geschäft für seinen privaten Bereich getätigt zu haben. Es handelt sich somit nur um eine das Anwendungssystem für Handelsrecht ergänzende Regelung.

Von dieser Abgrenzung zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Recht ist allerdings die Kaufmannseigenschaft zu unterscheiden,[5] denn letztere ist regelmäßig eine nur vorweg zu klärende Frage

---

3) Das ist auch die fast einhellige Meinung in der Literatur: von Bar, Theorie, Bd.II (1889), Nr.290, S.129; Wolff, IPR (1954) S.149; Diena, Trattato (1900), S.69, wobei nicht übersehen werden darf, daß nach damaliger Auffassung das Vertragsstatut durch den "luogo del contratto" festgelegt wurde; Lehmann, J.Cl., Rép.int., v.acte de commerce, fasc.560 (1979) Nr. 10.
A.M., Arminjon, Précis (1948), Nr.13, S.31, der in der Frage ein Qualifikationsproblem sieht, das als solches nach der lex fori zu lösen sei.

4) So § 344 dt.HGB; Art.638 II fr.c.com.

5) Nach französischem Recht gibt es sogar Geschäfte, auf die Handelsrecht angewandt wird, ohne daß die beteiligten Personen Kaufleute sind, z.B. bei einem Wechsel. Art.632 fr.c.com. lautet diesbezüglich: "La loi réputе actes de commerce: Entre toutes personnes, les lettres de change."

./.

für die Prüfung, ob ein Handelsgeschäft vorliegt.[6] Und, wie schon erwähnt wurde, hat die Kaufmannseigenschaft darüberhinaus Bedeutung für die Maßgeblichkeit anderer Vorschriften, wie z.B. bestimmte prozeßrechtliche Normen oder öffentlichrechtliche Verpflichtungen.

Somit bedeutet die Aussage, daß das Vertragsstatut über die Anwendung von Handelsrecht entscheidet, nicht zugleich, daß das Vertragsstatut die Kaufmannseigenschaft der Beteiligten bestimmt.

3. Versteckte Kollisionsnorm

Die folgende Untersuchung gilt der Frage, ob nicht das deutsche Recht gelegentlich in einer Sachnorm eine "versteckte Kollisionsnorm"zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft bereit hält. Das hätte zunächst nur Bedeutung für die spezielle Sachnorm. Daraus könnten aber auch Rückschlüsse gezogen werden, die ganz allgemein für die Anknüpfungsfrage wichtig sind.

Unter dem Begriff "versteckte Kollisionsnorm" werden diejenigen Kollisionsnormen zusammengefaßt, die, oft nur schwer erkennbar, in

---

6) Schon in diesem Sinne von Bar, Theorie II (1889), S.130. Daß von Bar die Notwendigkeit einer Differenzierung erkannte, ist gerade deshalb sehr beachtlich, weil er im Ergebnis auch hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft für die Maßgeblichkeit der lex causae eintrat.

anderen Normen enthalten sind.[1] So sieht § 95 I Nr.1 GVG die funktionale Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen vor, wenn die Klage gegen "einen Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches" gerichtet wird. Angesprochen ist damit die in den §§ 1 ff des deutschen HGB getroffene Definition. § 8 AbsG schließt von seinem personalen Schutzbereich denjenigen Empfänger einer Ware aus, der "als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist". Fraglich ist, ob nur eine Eintragung in das deutsche Handelsregister genügt.

Noch etwas versteckter könnten die §§ 351 HGB, 29 II, 38 I, 1027 II ZPO eine Anknüpfungsregel enthalten. Diesen Vorschriften ist gemein, daß von den in ihnen vorgesehenen Regelungen die "in § 4 des Handelsgesetzbuches bezeichneten Gewerbetreibenden", also die Minderkaufleute, ausgenommen sind. Diese Umschreibung könnte zunächst die kollisionsrechtliche Regel enthalten, daß die Minderkaufmannseigenschaft von Ausländern nach deutschem HGB zu bestimmen sei. Wenn aber schon die Minderkaufmannseigenschaft von Ausländern nach deutschem Recht zu beurteilen ist, so könnte daraus zu folgern sein, daß auch im übrigen die Kaufmannseigenschaft dem deutschen Recht zu entnehmen sei.

---

1) Zum Begriff vgl. Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.98; ablehnend: Mann, F.A., Festschrift Raiser (1974), S.499 (504). Als Beispiel für eine versteckte Kollisionsregel in einer Sachnorm benennt Neuhaus, aaO S.99, den § 244 BGB. Nach dieser Vorschrift können Fremdwährungsschulden im Inland in deutscher Währung erfüllt werden, sofern nicht eine ausdrückliche Abrede entgegensteht. § 244 BGB beinhaltet implizit die Kollisionsregel, daß diese Vorschrift ohne Rücksicht auf das Vertragsstatut gilt. A.M. unter Hinweis auf die dispositive Natur und den fehlenden fremdenrechtlichen Gehalt des § 244 BGB: Birk, AWD 1973, 425 (433). Ein weiteres Beispiel für eine versteckte Kollisionsregel selbst in einer anderen Kollisionsnorm ist Art.12 EGBGB, denn diese Vorschrift geht unausgesprochen davon aus, daß bei ausländischem Begehungsort grundsätzlich ausländisches Recht zur Anwendung kommt, daß also nicht immer deutsches Recht bei einem deutschen Schadensverursacher Deliktsstatut ist.

./.

Um das Problem abzugrenzen, sei angemerkt, daß es in diesem Abschnitt nicht um die Frage geht, ob die Kaufmannseigenschaft aufgrund der Zielsetzung der Sachnormen, die diesen Begriff verwenden, in der einen oder anderen Weise anzuknüpfen ist. Untersucht wird lediglich, ob der Wortlaut des Gesetzes Wendungen enthält, die "versteckt" auf das deutsche HGB verweisen.

Diese Ansicht hat vor allem in der prozeßrechtlichen Literatur Unterstützung gefunden. Wegbereitend war allerdings Nußbaum.[2] Er hat die Meinung vertreten, daß dann, wenn eine prozeßrechtliche Vorschrift bürgerlichrechtliche Begriffe verwende, dies eine Bezugnahme auf das eigene bürgerliche Recht darstelle, und deshalb die "Qualifikation"[3] nach der lex fori zu erfolgen habe.[4] Nußbaum sieht allein in dem Gebrauch eines zivilrechtlichen Begriffes eine Verweisung auf das eigene Recht. Als Beispiel für die Richtigkeit dieser These führt Nußbaum den § 95 I Nr.1 GVG an, denn im Hinblick auf diese Vorschrift soll auch die Kaufmannseigenschaft eines Ausländers nach deutschem Recht bestimmt werden.[5] Auch Schnitzer ver-

---

2) Sein Werk: Deutsches IPR erschien 1932

3) Nußbaum, Deutsches IPR (1932), S.385. Der Ausdruck Qualifikation darf an dieser Stelle nicht im Sinne des heutigen Sprachgebrauchs als Methode zur Abgrenzung von Kollisionsnormen verstanden werden. Er wurde allgemeiner verwendet, etwa in dem Sinne, daß eine Beurteilung nach der einen oder anderen Rechtsordnung erfolgen solle.

4) Nußbaum, a.gl.O. (Fn 3)

5) Nußbaum, a.gl.O. (Fn 3) in seiner Fn 6. Das in dieser Fußnote angeführte Zitat des Reichsgerichts betrifft übrigens nicht, wie vermutet werden könnte, die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft, sondern die Bestimmung des Begriffs "Erfüllungsort" in § 29 ZPO, die, anders als Nußbaum meint, nicht nach der lex fori, sondern nach dem Vertragsstatut erfolgen solle. Die These Nußbaums, Prozeßnormen seien stets nach der lex fori auszufüllen, wurde, wie dieses Beispiel zeigt, schon damals nicht von allen geteilt.

./.

weist darauf, daß sich § 95 I Nr.1 GVG ausdrücklich auf das deutsche HGB beziehe; deshalb sei die Kompetenz der Kammer für Handelssachen auf Ansprüche gegen Personen beschränkt, die im Sinne des deutschen HGB Kaufleute sind.[6] Für Ausländer sei keine Sonderbestimmung vorgesehen.[7]

Riezler wendet sich gegen die These Nußbaums, daß alle sachrechtlichen Begriffe, sofern sie von prozessualer Bedeutung sind, nach der lex fori zu bestimmen seien.[8] Er möchte die Beurteilung im allgemeinen der Rechtsordnung entnehmen, "welche das streitige Rechtsverhältnis beherrscht".[9] Diese Stelle ist so zu verstehen, daß das jeweilige Recht der zu beurteilenden Streitfrage die materiellrechtlichen Begriffe des Prozeßrechts auszufüllen habe. Für diese Aussage ist wohl maßgeblich, daß Riezler die Verbindung erkennt, die zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht bestehe, denn wo z.B. der Erfüllungsort liegt, hat da wie dort Bedeutung. Nur dann, wenn keine materiellrechtlichen Auswirkungen möglich sind, scheint es für Riezler denkbar zu sein, die von dem Prozeßrecht verwendeten materiellrechtlichen Begriffe dem Zivilrecht der lex fori zu entnehmen. So erklärt sich auch die Ausnahme, die Riezler hinsichtlich § 95 I GVG machen möchte, denn in diesem Fall sei die lex fori berufen, die Kaufmannseigenschaft zu bestimmen. Dies begründet Riezler damit, daß die Frage "rein prozessuale" Bedeutung habe.[10] Für den Ausgang der Entscheidung kommt es nicht darauf an, ob eine Zivilkammer oder eine Handelskammer über den Streitfall entscheide.

---

6) Schnitzer, Handbuch des IHR (1938), S.36
7) Schnitzer, a.gl.O. (Fn 6)
8) Riezler, IZPR (1949), S.118, insbesondere auch Fn 44
9) Riezler, aaO, S.118
10) Riezler, aaO, S.118

./.

Für die hier untersuchte Frage, ob die deutschen Sachnormen eine versteckte Kollisionsnorm enthalten, ist aber erst die weitere Begründung interessant, die Riezler für die Anwendung der lex fori bei § 95 I Nr.1 GVG anführt, denn nach seiner Ansicht enthält die oben zitierte Wendung des § 95 GVG einen speziellen Hinweis auf das deutsche HGB.[11] Darin liegt die Annahme einer versteckten Kollisionsnorm in § 95 I Nr.1 GVG.

Dem Gedankengang von Riezler folgt im wesentlichen auch Szászy.[12] Im allgemeinen möchte er die Kaufmannseigenschaft, sofern sie für prozeßrechtliche Normen von Bedeutung ist, dem materiellen Recht der Streitfrage (substantive law) entnehmen, die er als "lex civilis causae" bezeichnet. So sei ein ungarisches Staatsunternehmen hinsichtlich seiner Kaufmannseigenschaft nach ungarischem Recht zu beurteilen.[13]

Jedoch sei eine Ausnahme zugunsten der lex fori zu machen, soweit es um die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen geht. Ohne dies selber zu begründen, verweist Szászy insoweit auf die oben dargestellte Literatur.[14]

Es gibt somit zwei Varianten, die zur Maßgeblichkeit der lex fori führen. Die einen, und das ist vor allem die ältere Literatur, vertreten ganz allgemein die Meinung, das Prozeßrecht nehme, wenn es zivilrechtliche Begriffe gebrauche, auf die eigene Rechtsordnung Be-

---

11) Riezler, aaO, S.118
12) Szászy, International civil procedure (1967), S.144
13) Szászy, aaO, S.114
14) Szászy, aaO, S.144, Fn 26

./.

zug. Die anderen, und das ist vor allen Dingen die Literatur nach dem 2.Weltkrieg, möchten nur in dem speziellen Fall des § 95 I Nr.1 GVG deutsches Recht zur Beurteilung der Kaufmannseigenschaft einer Partei anwenden. In beiden Fällen steckt dahinter der Gedanke, daß schon der Wortlaut der Sachnormen selber auf eigenes Recht verweise, es sich also um eine versteckte kollisionsrechtliche Regelung handle, die auf das deutsche HGB Bezug nehme.

Dies ist zu verneinen, wie sich aus einem Vergleich zur Regelung der Prozeßfähigkeit ergibt. § 51 I ZPO lautet: "Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, ... bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts ..." Diese Formulierung führt bei Ausländern keinesfalls zur unmittelbaren Anwendung der Sachnormen des BGB. Maßgeblich ist auch hier über Art.7 I EGBGB - insoweit verstanden als prozessuale Kollisionsnorm - das Heimatrecht der Partei als Personalstatut.[15] Darauf deutet auch die Auslegung des § 55 ZPO, denn diese prozessuale, Art.7 III EGBGB vergleichbare Schutzvorschrift, setzt ungeschrieben die Anwendung des Heimatrechts für die Prozeßfähigkeit von Ausländern voraus. § 55 ZPO ist selber ein Beispiel für eine in Sachnormen "versteckte" Kollisionsnorm.[16]

Genausowenig, wie der für die Geschäftsfähigkeit enthaltene Hinweis in § 51 I ZPO auf das BGB für Ausländer den Ausschluß ihres Personalstatuts bedeutet, genausowenig führt der Hinweis auf das HGB bezüglich der Kaufmannseigenschaft zum Ausschluß einer Sonderanknüpfung. Nicht immer hat der Gesetzgeber, wenn er Hinweise auf seine eigenen Sachnormen gibt, an Fälle mit Auslandsberührung gedacht. Diese Hinweise haben nur Klarstellungsfunktion im Rahmen des internen Rechts.

---

15) Kegel, IPR (1977), 256; Kralik, (österr.) ZfRV 1970, 161 ff; Hepting, FamRZ 75,451 (458)

16) Kralik, aaO (Fn 15), S.162, 178; Hepting, a.gl.O. (Fn 15); Nagel, IZPR (1980), Ziff.IV, Nr.16, S.105

./.

In der oben vorgestellten Literaturmeinung spiegelt sich noch die traditionelle Auffassung zum Prozeßrecht. Die ganze Materie wurde als eine Angelegenheit angesehen, die in besoderem Maße die Souveränität des Staates und die Staatsinteressen betreffe. Deshalb sollte Prozeßrecht ohne Einfluß von ausländischem Recht angewandt werden. Auf diesem Hintergrund war jedes Indiz, das in prozessualen Vorschriften auf eigenes Recht deutet, willkommen, um die exklusive Anwendung des eigenen Prozeßrechts zu begründen.

Jüngst hat sich Nagel zu der Frage geäußert.[17] Auch er erkennt in den Fällen des § 29 II, § 38 I ZPO einen Bezug auf das eigene HGB.[18] Die Maßgeblichkeit des eigenen Rechts für die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft vertrage sich jedoch nicht mit den "Belangen des internationalen Handels". Ohne diese Belange zu konkretisieren, möchte Nagel deshalb "die Kaufmannseigenschaft in solchen Fällen nach dem entsprechenden ausländischen materiellen Recht qualifizieren". In dieser Formel liegt eine Entscheidung für eine Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft in prozeßrechtlichen Normen und entsprechend, soweit es in diesem Zusammenhang interessiert, eine Zurückweisung der Vorschläge, die auf eine versteckte Kollisionsregel hinauslaufen. Die Aussage von Nußbaum wird sogar umgekehrt. Nagel meint, gerade die Verweisung auf das materielle Recht rechtfertige es,auch ausländisches materielles Recht anzuwenden.[19] Dahinter steht der Gedanke, daß die Verwendung sachenrechtlicher Begriffe ein Indiz für eine kollisionsrechtliche Sonderbehandlung sein kann.

---

17) Nagel, IZPR, Abschn.III, Rdn.13, S.46

18) Nagel, aaO, Abschn.III, Rdn.16, S.49

19) Nagel, aaO, Abschn.III, Rdn.13, S.47

Dem ist zuzustimmen, wie folgende Überlegung zeigt. Die in prozeßrechtlichen Normen enthaltenen Hinweise auf das interne Recht zeigen, daß der Gesetzgeber dem Begriff Kaufmann stets den gleichen Inhalt geben wollte, gleichgültig, ob der Ausdruck in einer handelsrechtlichen Norm oder in einer Verfahrensvorschrift oder in Verbraucherschutzgesetzen verwendet wird. Für die Anknüpfungsfrage könnte diese Ansicht einer nach Normengruppen unterscheidenden Kollisionsregel entgegenstehen. Wer z.B. die Kaufmannseigenschaft dem jeweiligen Wirkungsstatut entnehmen möchte, riskiert, daß die Sache zwar in die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen fällt, dennoch aber kein Handelsrecht anzuwenden ist.

Doch kann zunächst als Ergebnis festgehalten werden, daß aus den obenerwähnten Vorschriften keine auf die Kaufmannseigenschaft bezogene versteckte Kollisionsnorm herausgelesen werden kann.

4. Staatsverträge

Bei der Suche, ob das deutsche Kollisionsrecht eine Anknüpfungsregel kennt, ist auch zu prüfen, ob Staatsverträge eine Regelung der Anknüpfungsfrage enthalten.

a) Mit deutscher Beteiligung

Dies ist jedoch für Staatsverträge mit deutscher Beteiligung, soweit ersichtlich, nicht der Fall. Dafür lassen sich mehrere Gründe anführen. Das Kollisionsrecht des Handelsverkehrs, das internationale Handelsrecht, ist schon in nationalem Rahmen spärlich behandelt worden. Im internationalen Rahmen wurde die Lösung von Konflikten vornehmlich in der Vereinheitlichung des

./.

Sachrechts gesucht.[1] Da in anderen Rechtsordnungen gesondertes Handelsrecht und der Begriff des Kaufmanns unbekannt sind, wurde von diesen Staaten keine Notwendigkeit einer Regelung gesehen. Alle Verträge im multinationalen Bereich versuchen deshalb eine Unterscheidung der Regeln für Handelsrecht und sonstiges Zivilrecht zu vermeiden. Dies ist für internationale Sachverhalte durchweg möglich, denn in diesem Bereich bewegen sich vornehmlich geschäftserfahrene Personen, denen von vorneherein strengere Rechtsnormen zumutbar erscheinen. So verwundert es nicht, daß auch das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (1980) keine Regelung der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft enthält.

b) Ohne deutsche Beteiligung

Nicht zum deutschen Recht gehörend, aber in diesem Zusammenhang interessant, ist die von verschiedenen lateinamerikanischen Staa-

---

1) So z.B. die zum Handelsgewohnheitsrecht gewordenen "Incoterms" der Internationalen Handelskammer, in: Baumbach-Duden, HGB (1980), § 382 Anh.I, S.791. Siehe auch das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (1973), in: Jayme/Hausmann (1978), Nr.24, S.53.

./.

ten in den Staatsverträgen von Montevideo (1889[3]) und 1940[4]) und Havanna (1928, Codigo Bustamante)[5] getroffene Regelung der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft. In den Verträgen von Montevideo ist der wichtigste Anknüpfungsgesichtspunkt die Niederlassung. Bestehen Zweigniederlassungen, so ist auf das Recht am Ort derjenigen Niederlassung abzustellen, von der die jeweilige Tätigkeit ausging. Im Vertrag von Havanna wird der terri-

---

3) 1.Vertrag über internationales Handelsrecht vom 12.2.1889 (Montevideo 1889), in Makarov, Quellen ... Bd.II, Nr.306. Der Vertrag ist noch gültig im Verhältnis Bolivien, Peru, und außer Kraft getreten für Argentinien, Paraguay und Uruguay gem. Art.55 des 2.Vertrages von Montevideo (1940).
Art.2: "Die Kaufmannseigenschaft bestimmt sich nach dem Gesetze des Landes, in welchem sich die Geschäftsniederlassung der in Frage stehenden Person befindet."

4) Vertrag über das internationale Handelsrecht vom 19.3.1940 (Montevideo 1940) in: Makarov, Bd.II, Nr.307. Der Vertrag ist ratifiziert von Uruguay, Argentinien und Paraguay, und paraphiert von Bolivien, Brasilien, Kolumbien und Peru.
Art.2: "Die den Personen beigelegte Kaufmannseigenschaft bestimmt sich nach den Gesetzen des Staates, in welchem sie ihren Handelssitz haben."

Art.3: "Der Handelssitz ist der Ort, an welchem der Kaufmann oder die Handelsgesellschaft den Hauptsitz ihrer Geschäftstätigkeit haben. Wenn sie jedoch in einem anderen Staat oder in anderen Staaten Niederlassungen, Filialen oder Agenturen errichten, werden sie als in dem Ort als domiziliert betrachtet, in welchem sie ihre Tätigkeit ausüben, und als der Gerichtsbarkeit der örtlichen Behörden unterworfen in allem, was ihre Operationen an diesem Ort betrifft."

5) Gesetzbuch des Internationalen Privatrechts vom 20.1.1928 (Havanna) (Código Bustamante) in Makarov, Quellen ... II Nr.1. Vertragsstaaten sind die Staaten Lateinamerikas außer Argentinien, Kolumbien, Mexiko, Paraguay, Uruguay. Bolivien und Peru lassen im Verhältnis zueinander den 1.Vertrag von Montevideo (1889) vorgehen, vgl.Kegel, IPR (1977), S.112.
Art.239: "Für alle Wirkungen öffentlicher Natur bestimmt sich die Kaufmannseigenschaft nach dem Gesetz des Ortes, an dem das betreffende Rechtsgeschäft vollzogen oder die betreffende Gewerbetätigkeit ausgeübt worden ist."

./.

toriale Bezug noch deutlicher, denn dort wird der lex loci actus-Regel gefolgt, wobei aber nicht übersehen werden darf, daß Art.239 nur auf öffentlichrechtliche Verpflichtungen anzuwenden ist.

Diese Regelungen können durchaus für deutsche Gerichte interessant werden, denn auch im Ausland geltende Staatsverträge sind bei der Rück- oder Weiterverweisung zu beachten.[6)]

Die in diesen Verträgen getroffene Regelung, die Kaufmannseigenschaft an die Niederlassung anzuknüpfen, ist umso beachtlicher, da dieses Übereinkommen zum Ziel hatte, der Praxis ein unkompliziertes Instrumentarium für die Lösung internationaler Rechtsfälle zur Verfügung zu stellen.[7)]

Die Untersuchung des deutschen Kollisionsrechts ist mit dem Ergebnis abzuschließen, daß das deutsche IPR keine Regel zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft kennt. Es wäre übertrieben, alle offenen Anknüpfungsfragen unter eine der bestehenden Kollisionsregeln subsumieren zu wollen. Richtiger ist, von einer Lücke auszugehen. Dies ist, soweit es die gesetzliche Regelung des IPR betrifft, nichts Außergewöhnliches. So sind ganze Teile des IPR, wie das Kollisionsrecht des Schuld- und Sachenrechts, gesetzlich nicht festgelegt. Der richtige Weg zur Schließung dieser Lücke liegt in der Fortbildung des Kollisionsrechts durch richterliche Schöpfung einer neuen Kollisionsregel. Dabei werden allerdings die Wertungen, die für die benachbarten Rechtsinstitute zu der einen oder anderen Regel führten, zu berücksichtigen

---

6) Piltz, FamRZ 1975, 335; Jayme, Festschrift Beitzke (1979), 541 (549); ders., IPRax 1981, 17

7) Piltz, Diss. (1975), S.192, der in seiner Arbeit die Anknüpfungsprinzipien der beiden Verträge von Montevideo herausgearbeitet hat. Dazu und zu den Anknüpfungsgrundregeln des Código Bustamante siehe Samtleben, IPR in Lateinamerika (1979)

sein. Durch richterliche Rechtsfortbildung zu Gewohnheitsrecht erstarkt sind z.B. auch die Kollisionsregeln des Schuldrechts und des Sachenrechts, aber auch die Sonderanknüpfung der Vollmacht und des Schweigens im Rechtsverkehr ist mittlerweile Bestandteil des gewohnheitsrechtlichen IPR.

II. Kollisionsrechtliche Methoden

Die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im IPR läßt sich mit verschiedenen Methoden bewältigen, die teils einander ausschließen, teils einander ergänzen.

1. Qualifikationsfragen

Eine dieser Methoden ist die Qualifikation. Dabei geht es um die Frage, ob eine (ausländische) Rechtsfrage unter ein Tatbestandsmerkmal einer (deutschen) Kollisionsnorm subsumiert werden kann.[1] Die höchst umstrittene Frage, nach welcher Rechtsordnung diese Beurteilung vorzunehmen ist,[2] soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Doch einige Autoren, die stets nach der lex fori qualifizieren möchten, haben in der Kaufmannseigenschaft ein Problem der Qualifikation gesehen und deshalb die Beurteilung dieser Eigenschaft den Sachnormen der jeweiligen lex fori überlassen.

So handelt es sich nach Nußbaum um ein solches Qualifikationsproblem, wenn das Prozeßrecht auf bürgerlichrechtliche Begriffe Bezug nimmt. Deshalb sei der Begriff Kaufmann in § 95 I Nr.1 GVG (Zuständigkeit

---

1) Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.120. Dazu, daß unter dem Begriff "Qualifikation" oft sehr Unterschiedliches verstanden wird, ders., aaO, S.113.

2) Vgl. die Literaturübersicht bei Kegel, IPR (1977), S.129.

der Kammer für Handelssachen) bei der Anwendung auf Ausländer nach deutschem Recht zu bestimmen.[3)]

Escarra und Rault wollen die Kaufmannseigenschaft allgemein nach der lex fori bestimmen. Genauso wie bei der Frage, ob ein a.d.c. vorliege, gehe es darum, entweder bürgerliches oder Handelsrecht anzuwenden. Da Handelsrecht auch die öffentlichrechtlichen Verpflichtungen der Kaufleute und das auf sie beschränkte Konkursverfahren umfasse, berühre die Anwendung von Handelsrecht die Souveränität des Staates. Souveränitätskonflikte - in der Anwendung von fremdem Recht wurde ein teilweiser Verzicht auf die Souveränität des Staates gesehen - bedeuteten, daß erst das Gesetz gesucht werden müsse, das die Natur der streitigen Rechtsbeziehung zu regeln habe. Dies sei Aufgabe der Qualifikation und deshalb sei auch die Kaufmannseigenschaft, wenn sie in handelsrechtlichen Vorschriften verwendet werde, entsprechend den allgemeinen Prinzipien der Qualifikation nach der lex fori zu bestimmen.[4)] Auch Arminjon möchte die Kaufmannseigenschaft im Wege der Qualifikation nach der lex fori bestimmt sehen. Eine Interpretation nach einer anderen Gesetzgebung würde bedeuten, diese positiven Regeln zu denaturieren. Deshalb müsse die Qualifikation der Anknüpfung vorangehen.[5)]

Alle diese Meinungen gehen von einem falschen Verständnis dessen aus, was im Rahmen des IPR mit der Methode der Qualifikation bewältigt werden soll. Die Qualifikation dient der Abgrenzung der Reichweite der einzelnen Kollisionsnormen untereinander.[6)] So

---

3) Nußbaum, Deutsches IPR (1932), S.385 Fn 6

4) Escarra et Rault, Principes (1934), Nr.109, S.125 f.

5) Arminjon, Précis commercial (1948), Nr.14, S.32

6) Ferid, IPR (1975), Rdz. 4 - 9, S.92

./.

hängt von der Qualifikation ab, ob diese oder jene Kollisionsnorm anzuwenden ist. Das ist z.B. der Fall, wenn die französische Beweisvorschrift, wonach für alle Rechtsgeschäfte, die einen Wert von 50 francs übersteigen, der Zeugenbeweis ausgeschlossen ist, Art.1341 c.civ., im Hinblick auf das deutsche materielle Recht als Formvorschrift zu qualifizieren ist mit der Folge, daß nicht die lex fori-Regel, sondern Art.11 EGBGB anwendbar ist.[7)]

Die Kaufmannseigenschaft selber hat aber keinerlei Einfluß auf das anwendbare Recht.[8)] Sie kann schon deshalb keinen Einfluß auf den Geltungsbereich einzelner Kollisionsnormen haben, weil sie an keiner Stelle im Tatbestand einer Kollisionsnorm verwendet wird. Denn, wie oben aufgezeigt wurde, kennt das deutsche Kollisionsrecht weder eine gesetzliche, noch eine gewohnheitsrechtliche Vorschrift, die die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft regelte.[9)] So bleibt es bei deutschem Prozeßrecht, wenn im Falle des § 95 I Nr.1 GVG die Kaufmannseigenschaft dem ausländischen Recht entnommen werden soll, und auf das Vertragsstatut hat es keinen Einfluß, ob der Kaufmannsbegriff einer fremden Rechtsordnung entnommen wird. Das von Arminjon verfolgte Ziel, die Sachnorm nicht durch eine Sonderanknüpfung zu entstellen, kann in allen Fällen, in denen ausländisches Recht anwendbar ist, nicht durch die Qualifikation und die lex fori-Regel erreicht werden. Vielmehr muß von folgendem ausgegangen werden: Ist einmal festgestellt, daß die eingangs gestellte Anknüpfungsfrage keiner bestehenden Kollisionsnorm zuzuordnen ist, d.h. unter kei-

---

7) Dazu Ferid, Französisches Zivilrecht I (1971), S.283 f. Im Handelsverkehr gilt die Beweismittelbeschränkung jedoch nicht zugunsten eines Kaufmanns, Art.109 c.com.

8) Loussouarn-Bredin, Dalloz, Rép.int. I, v.commerçant (1978) untersuchen die gleiche Frage mit Blick auf das französische Recht. Auch sie kommen zu dem Ergebnis, daß die Kaufmannseigenschaft kein Problem der Qualifikation im Sinne des IPR sei, aaO, Nr.10.

9) Diese Beobachtung teilt Melchior, Grundlagen (1932), S.152.

./.

ne dieser Regeln zu qualifizieren ist, besteht also eine Lücke, so hat sich die Qualifikation erschöpft und es ist der Weg offen für eine Lückenfüllung durch richterliche Fortbildung des Kollisionsrechts.[10] Somit gibt es im deutschen Recht keine Qualifikationsfrage des Inhalts, ob eine Person Kaufmann ist oder nicht.

2. Teilfragen

Der Begriff Kaufmann erscheint regelmäßig im Tatbestand einer anzuwendenden Sachnorm. Jede Sachnorm macht die Rechtsfolge von der Erfüllung eines gewissen Tatbestandes abhängig, der fast immer mehrere Voraussetzungen enthält. Grundsätzlich sind alle diese Voraussetzungen dem für die Hauptfrage maßgeblichen Statut, also dem Wirkungsstatut (lex causae) zu entnehmen. Jedoch gibt es Tatbestandselemente, die gesondert angeknüpft werden, und dies ist zumindest dann der Fall, wenn das Kollisionsrecht für das einzelne Tatbestandselement eine spezielle Regel bereithält. Insoweit wird partiell das Wirkungsstatut durch das Sonderstatut verdrängt.

So ist die Rechtsfolge des § 288 I Satz 1 BGB die Zahlung von 4 % Zinsen. Der Tatbestand setzt das Bestehen einer Geldschuld sowie Verzug voraus. Diese beiden Elemente hängen ihrerseits von weiteren Elementen ab. Ergibt sich die Geldschuld aus einem Vertrag, erfordert dies die Abgabe zweier übereinstimmender Willenserklärungen und die Geschäftsfähigkeit der Erklärenden; Verzug setzt Fälligkeit, Mahnung und Verschulden voraus. Somit hängt in diesem Fall die Rechtsfolge der Zahlung von 4 % Zinsen von den Elementen Vertragsschluß, Geschäftsfähigkeit, Fälligkeit, Mahnung und Verschulden ab. Während nun die übrigen Elemente alle dem Wirkungsstatut zu entnehmen sind, kann sich für die Geschäftsfähigkeit etwas anderes ergeben. Das deutsche Kollisionsrecht stellt mit Art.7 I EGBGB für dieses Element eine spezielle Kollisionsnorm zur Verfügung. Es ist insoweit eine weitere kollisionsrechtliche Prüfung notwendig.

./.

Methodisch ausgedrückt, ist die Frage der Zahlungspflicht die Hauptfrage. Sie hängt von mehreren Teilfragen[1)] ab. Eine Teilfrage kann auf zweierlei Weise behandelt werden. Zum einen kommt in Betracht, sie unselbständig zu bestimmen, indem sie unmittelbar dem Wirkungsstatut entnommen wird. Andere Teilfragen sind selbständiger Natur und gesondert anzuknüpfen. Solche Teilfragen sind als Vorfragen (question préalable, questione preliminare) zu bezeichnen. Vorfragen führen immer zu einer zweiten oder weiteren kollisionsrechtlichen Prüfung im Rahmen einer Fragestellung. Die erste Prüfung war schon notwendig, das Wirkungsstatut festzulegen, z.B. das Vertragsstatut. Eine zweite Prüfung kann notwendig sein, wenn z.B. die Wirksamkeit des Vertrages von der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten oder der Form des Vertrages abhängt. Eine weitere Teilfrage kann sich auch innerhalb einer Vorfrage, z.B. der Vorfrage der Formwirksamkeit, stellen. So hängt die Gültigkeit einer mündlich erklärten Bürgschaft im deutschen Recht von der Kaufmannseigenschaft des Erklärenden ab, § 350 HGB. Wie dieses Beispiel zeigt, kann auch der Begriff "Kaufmann" Element des Tatbestands einer Hauptfrage sein. Die Kaufmannseigenschaft präsentiert sich kollisionsrechtlich zunächst als ein Problem der Teilfrage. Ist eine Sonderanknüpfung zu bejahen, schließt sich daran die Frage nach der maßgeblichen Kollisionsregel an. Nun können beide Fragen nicht nacheinander und unabhängig von-

---

1) Der Begriff Teilfrage wird in der Literatur in verschiedenem Sinne gebraucht. Während Raape/Sturm, IPR (1977), S.296 Fn 2 darunter alle Elemente eines Tatbestandes versteht, die unselbständig, also dem Wirkungsstatut zu entnehmen sind, benutzte schon Wengler, RabelsZ 8 (1934), 138 den Ausdruck in einem umfassenderen Sinne und zählte dazu sämtliche Teile einer Hauptfrage, also auch die selbständig anzuknüpfenden Teile. So versteht auch Serick, RabelsZ 18 (1953), 633 den Begriff und bezeichnet als Teilfrage im Kollisionsrecht die Frage nach der internationalprivatrechtlichen Beurteilung der Glieder einer Rechtsfigur, S.649. Dieser Auffassung wird gefolgt, weil der Begriff Teilfrage sinnvoll das Problem beschreibt, ob die jeweiligen Teile des Tatbestandes der lex causae zu entnehmen sind oder unselbständig anzuknüpfen sind.

./.

einander behandelt werden, sie sind vielmehr im Zusammenhang zu sehen. So ist eine Sonderanknüpfung indiziert, wenn eine anerkannte Kollisionsregel besteht. Dies ist unstreitig für die althergebrachten Fragen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit und der Form des Rechtsgeschäfts. Für die Kaufmannseigenschaft fehlt eine solche ausdrückliche Regel. Es wäre aber zu früh, an dieser Stelle abzubrechen und eine Sonderanknüpfung abzulehnen.[2] Die Rechtsentwicklung des IPR führte zu weiteren Sonderanknüpfungen, die früher als Teilfragen ohne weiteres dem Wirkungsstatut zugeordnet wurden. Mittlerweile sind anerkannt die Sonderanknüpfung der Vollmacht[3] und des Schweigens.[4] Es gibt auch Tendenzen, die Untersuchungs- und Rügepflicht einem gesonderten Statut zu unterstellen.[5] Eine ähnliche Rechtsfortbildung könnte auch für die Kaufmannseigenschaft geboten sein.[6]

---

2) Gelegentlich wird vertreten, nur diejenigen Teilfragen selbständig zu behandeln, für die das Kollisionsrecht eine ausdrückliche Regel bereithält, Serick, aaO (Fn 1), S.649.

3) Palandt/Heldrich, vor Art.12 EGBGB, Anm.5 a)

4) BGHZ 57, 72 (77) = NJW 72, 391 (394); LG Frankfurt AWD 76, 107 (108)

5) Vgl. Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht (1980), Nr.329, S. 291, sowie Art.10 II 2.Alt. des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (1980).

6) Insgesamt führt die Rechtsentwicklung des IPR immer häufiger zu einer Sonderanknüpfung. Noch nach der klassischen Statutenlehre war eine Rechtsordnung stets nur in exklusiver Weise anwendbar, d.h. unter völligem Ausschluß fremden Rechts. Diese Auffassung hat sich besonders lange für Normengruppen erhalten, die dem öffentlichen Interesse zugeordnet wurden. Allmählich wurden personenbezogene fremde Rechte zugelassen. Nachdem das lokale Recht nicht mehr das einzig mögliche Vertragsstatut sein konnte, blieb die Ortsform als zweite Anknüpfungsalternative für Formfragen.

./.

Teilfragen gibt es nicht nur in Sachnormen des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts. Wie das Beispiel der Prozeßfähigkeit zeigt, enthalten auch öffentlichrechtliche Vorschriften Vorfragen. Nur scheint es wegen des Rechtscharakters als öffentlichrechtliche Norm möglich, daß in diesem Rahmen Teilfragen weniger oft selbständig angeknüpft werden.

Die Kaufmannseigenschaft stellt sich somit kollisionsrechtlich stets als ein Problem der Teilfrage dar.

III. Anknüpfungsalternativen

Es ist denkbar, wie schon erkennbar wurde, die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft nach sehr unterschiedlichen Regeln vorzunehmen. Darauf deuten vor allem wichtige, aber doch voneinander abweichende Lösungsvorschläge, die gerade auch im Ausland gemacht wurden.[1)] Die fehlende gesetzliche Regelung eröffnete den Weg für eine Vielzahl von Vorschlägen und diese Vielfalt wurde gerade auch dadurch gefördert, daß der Begriff Kaufmann Anknüpfungspunkt für eine Reihe unterschiedlicher gesetzlicher Regelungen ist, die ihrerseits zu immer neuen Anknüpfungsgesichtspunkten führen. Ob ein Gewerbetreibender als Kaufmann anzusehen ist, könnte etwas mit der Persönlichkeit des Betroffenen zu tun haben. Die Kaufmannseigenschaft führt aber auch zur Anwendung speziellen Berufsrechts und berührt damit öffentliche Interessen. Es geht aber auch um die Chancengleichheit im Handelsverkehr, denn wer Kaufmann ist, unterliegt besonderen

---

1) In diesem Abschnitt III sollen an der jeweils entsprechenden Stelle alle Äußerungen zitiert werden, die nach meiner Kenntnis zur Anknüpfungsfrage im deutschen, französischen und italienischen Kollisionsrecht vorgetragen wurden. Ausführliche Stellungnahmen werden durch (!) gekennzeichnet.

./.

Pflichten und hat eine gesteigerte Verantwortlichkeit gegenüber Dritten, insbesondere dem Vertragspartner gegenüber. Nicht zuletzt hat die Kaufmannseigenschaft Einfluß auf die Anwendung von Schutzgesetzen. Alle diese Beziehungen um den zentralen Begriff des Kaufmanns müssen bei der Anknüpfungsfrage bedacht werden.

In diesem Abschnitt der Untersuchung sollen zunächst alle denkbaren Anknüpfungsalternativen vorgestellt werden. Es soll aufgezeigt werden, wie diese Vorschläge eingebettet sind in die verschiedenen Grundhaltungen zum Kollisionsrecht. So wird derjenige, der im allgemeinen dem Verkehrsschutz den Vorrang einräumt, weniger zu einer personalen Anknüpfung neigen. Wer dagegen dem Individualrechtsschutz besonderes Gewicht zukommen läßt, wird einer unselbständigen Anknüpfung, etwa im Wege einer lex causae-Regel, entgegentreten.

Es sind auch die übrigen Auswirkungen der jeweiligen Regeln aufzuzeigen. Die offensichtlich nicht vertretbaren Auffasungen sind auszuscheiden. Zugleich gilt es, die möglich erscheinenden Regeln herauszuarbeiten.

Nicht mehr eingegangen wird auf Auffassungen, die schon an anderer Stelle abzulehnen waren, wie der Gedanke einer völkerrechtlichen Kompetenzzuteilung[2] oder die falsche Einstufung der Anknüpfungsfrage als Qualifikationsproblem, die zu einer lex fori-Regel als Generalanknüpfung führte.[3]

---

2) Frankenstein, Grenzrecht II (1929), S.406; vgl. oben S.85 ff und S.95.

3) Nußbaum, Deutsches IPR (1932), S.211; Escarra et Rault, Principes I (1934), Nr.186, S.198 (!); Arminjon, Précis (1948), Nr.14, S.33 (!); dazu oben S.124 ff.

./.

Sehr unergiebig sind auch Vorschläge, die ohne Begründung stets deutsches Recht anwenden wollen.[4] Diese Aussage wird in neuerer Zeit häufig im Hinblick auf § 24 AGBG vorgetragen.[5] Die Anwendung deutschen Rechts ist für sich gesehen keine Anknüpfungsregel, sondern kann nur Ergebnis einer Anknüpfung sein. Es sind eine ganze Reihe von Lösungen denkbar, die zu deutschem Recht führen. So kann etwa bei deutschem Wirkungsstatut eine selbständige kollisionsrechtliche Behandlung abgelehnt werden. Oder es kann sein, daß ein auf deutschem Boden Handelnder wegen des territorialen Bezugs stets nach deutschem Recht zu beurteilen sein sollte (vgl. Art.7 III EGBGB). Auch eine Auffassung, die den ordre public in den Vordergrund stellt, könnte zu dem gleichen Ergebnis führen.

1. Territoriale Anknüpfungen

Eine erste Gruppe von Vorschlägen zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft beruht auf einer territorialen Grundanschauung. Die Verbindung mit dem eigenen Gebiet ist dominant. Rücksicht auf ausländische Regelungen würden stören, die eigene Souveränität berühren und Disharmonien in der eigenen Rechtsordnung schaffen. Diese Ausgangsgrundlage findet sich vor allem in Lehrmeinungen und Entscheidungen, die vor der Jahrhundertwende oder kurz darnach vertreten wurden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, daß die acht

---

4) Staub, HGB I (1900), § 6 Anm.3, S.83 möchte ausländische Gesellschaften hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft stets nach deutschem Recht beurteilen.

5) Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz (1978), S.514, behauptet, die Kaufmannseigenschaft des ausländischen Vertragspartners sei im Rahmen des § 24 AGB-Gesetzes stets entsprechend den deutschen Sachnormen zu lösen.

Jüngst hat sich auch Birk für die Maßgeblichkeit deutscher Sachnormen ausgesprochen, Birk, ZVglRWiss 79 (1980), 281 Fn 50.

./.

Jahrhunderte lang herrschende Statutenlehre natürlich nicht innerhalb weniger Jahre nach der kopernikanischen Wende im IPR, nämlich den Neuerungen Savignys und Mancinis, überwunden wurde. Der Einfluß hielt noch lange an[6] und ist noch heute spürbar.[7]

Unterschiede bestehen allerdings hinsichtlich der Intensität der Berührung zu einem Gebiet, die notwendig sei, um den territorialen Bezug durchdringen zu lassen. Bei einer streng territorialen Auffassung wird die geringste Berührung ausreichen und eine gemäßigte territoriale Haltung wird eine etwas engere Beziehung erfordern,[8] um die Anwendung des Gebietsrechts zu begründen. Nur bei einer Grundhaltung, die eine Person in allen ihren Beziehungen dem personalen Recht unterstellt, bei der, bildlich gesprochen, die Person auch im Ausland von ihrer Rechtsordnung begleitet wird, fehlt das territoriale Element.

---

6) Einer der letzten Vertreter der reinen Statutenlehre ist Vareilles-Soummières, vgl. oben S.65 ff. Er zählt die Regeln über den Konkurs zu den "statutes réels", Synthèse I (1894), Nr.435, S.265, und deshalb sei auch die Kaufmannseigenschaft von Ausländern nach französischem Recht zu beurteilen, aaO, Nr.439, S.267.

7) Gerade für den Handelsverkehr wird gefordert, daß zum Nachteil des personalen Rechts mehr Rücksicht auf das Gebietsrecht genommen werden müsse, vgl. Comité français, aaO (oben S.107 Fn 9), das aus diesem Grunde vorschlug, die Handelsmündigkeit nach dem Recht am Ort der Niederlassung zu bestimmen.

8) So auch § 12 AGB-Gesetz, der abweichend vom Vertragsstatut zur Anwendung deutschen Rechts als Gebietsrecht führt, wenn ein ausreichend enger Bezug besteht. Der gleiche Gedanke findet sich wieder in Art.5 II des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (1980).

./.

a) Unterscheidung nach der Häufigkeit der gebietsbezogenen Handlungen

Gerade frühere Meinungen haben die Bestimmung des für die Kaufmannseigenschaft maßgeblichen Rechts davon abhängig gemacht, wie häufig die zu beurteilenden Personen auf einem Territorium gewisse Rechtsgeschäfte vorgenommen haben. Wenn z.B. ein Ausländer im Inland nur ausnahmsweise ein einziges Geschäft tätigt, ist die Berührung zum Inland nicht so intensiv, wie wenn er dort mehrere Geschäfte ausübt, oder gar regelmäßig auf diesem Gebiet seinem Beruf nachgeht.

(1) lex loci actus

Nach einer ersten, besonders von Franzosen vertretenen Auffassung zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft, ist diejenige Rechtsordnung maßgebend, auf deren Gebiet die Handlung vorgenommen wurde oder auf deren Gebiet das betreffende Gewerbe ausgeübt werde.[9] Genau besehen, enthält diese Regel zwei Anknüpfungsvarianten, denn die Kaufmannseigenschaft kann auf zweierlei Weise erworben werden. Zum einen enthält diese Wendung die lex loci actus-Regel, d.h. die Kaufmannseigenschaft ist derjenigen Rechtsordnung zu entnehmen, auf deren Gebiet die Handlung ausgeübt wurde. Danach genügt nur ein einzelnes Geschäft, z.B. auf französischem Boden, um nach dieser Rechtsordnung die Kaufmannseigen-

9) "La question de savoir si une personne a ou n'a pas la qualité de commerçant, s'apprécie selon la loi du pays où cette personne a fait l'acte où exerce l'industrie dont il s'agit." Diese zunächst von Asser-Rivier, Éléments (1884), Nr.93, S.190, benutzte Formulierung verwendeten Pradiér-Fordère, Traité III (1897), Nr.1804, S.972 und Calvo, Droit int.II (1886), § 895, S.393.

./.

schaft auch eines Ausländers zu beurteilen.[10] Zum anderen kann die Kaufmannseigenschaft erlangt werden durch das Recht am Ort der Gewerbeausübung. Das ist also der Ort, wo eine ganze Reihe von Handlungen vorgenommen werden, die die lokalen Gesetze als kaufmännisch ansehen. Nun könnte man denken, diese Variante sei überflüssig, da, wenn schon eine einzige Handlung genügt, es sinnlos sein könnte, zusätzlich auf den Ort der Berufsausübung abzustellen. Jedoch kommt es vor, daß z.B. ein deutscher Landwirt, der im Handelsregister eingetragen ist, eine Wagenladung roter Rüben in Frankreich an einen französischen Händler verkauft. Die lex loci actus-Regel führt zu französischem Recht. Nach französischem Recht sind Landwirte ausnahmslos Nichtkaufleute. Die zweite Variante führt zu deutschem Recht als dem Recht am Ort der Gewerbeausübung, und das deutsche HGB eröffnet mit § 3 II Satz 1 HGB die Möglichkeit, durch eine Eintragung Kaufmann zu werden. Da nach obiger Regel eine Kaufmannseigenschaft nach der einen oder anderen Variante genügt, wird der Landwirt des Beispielfalls Kaufmann sein, auch wenn französisches Recht Vertragsstatut ist.

(a) Handlungsort

Die lex loci-actus-Variante der Regel hat nach damaliger Ansicht zum schuldrechtlichen Kollisionsrecht die günstige Nebenwirkung, daß es häufig bei einer unselbständigen Bestimmung der Teilfrage der Kaufmannseigenschaft bleiben konnte, da die lex loci regelmäßig auch das Vertragsstatut bestimmte. Die lex loci-

10) Dazu, daß jedenfalls Asser wegen seiner kollisionsrechtlichen Grundhaltung besser in dem Sinne verstanden wird, daß die lex loci actus nur ersatzweise, d.h. bei Fehlen einer Niederlassung heranzuziehen ist, vgl. oben S.57 f. So können aber die anderen Autoren, die ihm nachfolgten, nicht verstanden werden, denn für sie gilt die lex loci actus auch primär.

./.

Regel ist insofern oft als das Recht der Parteiautonomie verstanden worden, d.h. als das Recht, das nach dem vermuteten Willen der Partei anwendbar sein soll. Wegen dieser Parallelität mußte die Kaufmannseigenschaft nicht gesondert einer anderen Rechtsordnung entnommen werden.

Der von Asser ausgehende Vorschlag, entweder auf die lex loci actus oder auf einen anderen Ort der Berufsausübung zu schauen, hat aber noch andere Auswirkungen. Begünstigt wird der Einheimische gegenüber dem Ausländer, denn gerade die lex loci actus-Variante führt dazu, daß eine Person sich unverhofft als Kaufmann behandeln lassen muß. Wer im Ausland nur gelegentlich ein Geschäft tätigt, wird in den seltensten Fällen wissen, ob diese Rechtsordnung ihn als Kaufmann qualifiziert und damit den entsprechenden strengen Rechtsfolgen unterwirft. Dem Fremden wird zugemutet, sich auf das jeweilige Ortsrecht einzustellen. Begünstigt wird dagegen der Einheimische, denn er hat sich nicht um fremdes Recht zu kümmern.

Allerdings wirkte sich diese Folge der lex loci actus-Regel in der Praxis nicht so häufig aus. Wer in der damaligen Zeit über die Grenzen hinweg seinen gewerblichen Beruf ausübte, war fast immer Kaufmann und dies gemäß allen in Betracht kommenden Rechtsordnungen. Eine lex loci actus-Regel wirkt sich vor allem günstig auf Inlandsgeschäfte aus, denn dadurch wird erreicht, daß sich der inländische Verkehr darauf verlassen kann, daß eine Person, die nach dem Ortsrecht Kaufmann wäre, sich nicht auf eine abweichende Beurteilung nach ihrem Heimatrecht berufen kann. Der inländische Verkehr wäre entsprechend geschützt. Bei Auslandsgeschäften, d.h. wenn der Gewerbetreibende im Ausland vertragliche Verpflichtungen eingeht, hätte er sich zu vergewissern, wie ihn das dortige Recht einstuft. Dies wird nicht immer einfach sein, weil z.B. im deutschen Recht die Kaufmannseigenschaft oft von einer Eintragung in das Handelsregister abhängt. Dieses

./.

Erfordernis wird der Fremde häufig nicht erfüllen und es wird somit an der nötigen Klarheit und Rechtssicherheit in der Beurteilung fehlen. Diese Auswirkung wäre von Nachteil für die im Handelsverkehr erwünschte Leichtigkeit und Schnelligkeit des geschäftlichen Verkehrs.

Eine lex loci-Regel wäre in der heutigen Zeit unpraktikabel. Viele Verträge werden über Telefon geschlossen oder kommen erst nach langwierigen Vertragsgesprächen zustande. In beiden Fällen wird der Vertrag häufig nicht zu lokalisieren sein. Geschäftspartner, die in ständiger Verbindung stehen, wären überrascht, wenn sie je nach Vertragsort einmal Kaufmann wären oder nicht und demzufolge auf die Verträge einmal Handelsrecht anzuwenden wäre und ein anderes Mal nicht. Oft wird eine dritte Rechtsordnung als Vertragsstatut gewählt und die lex loci hat dazu keine ausreichende Beziehung, um die Kaufmannseigenschaft für diese dritte Rechtsordnung festzulegen. Eine lex loci-Regel konnte nur damals Sinn haben, bei einem Kollisionsrecht, das keine Parteiautonomie kannte oder bewußt darauf verzichtete und stattdessen die lex loci schon zum Vertragsstatut bestimmte.[11] Eine lex loci actus-Regel widerspricht auch in einem gewissen Sinne der Definition des Kaufmanns selber. Diese Eigenschaft wird nämlich nur erworben durch die Ausübung einer ganzen Reihe von Akten, die das Gesetz als kaufmännisch bezeichnet.[12] Deshalb erscheint es widersprüchlich, die Kaufmannseigenschaft durch einen einzigen Akt begründen zu wollen.[13] So ist beispielswei-

---

11) Zur Regelung des Art.58 it.c.com.1882 vgl. oben S.74.

12) Das französische Recht verwendet dafür den Ausdruck "en (de faire actes de commerce) font leur profession habituelle", Art.1 c.com. Das deutsche Recht erfordert die gewerbsmäßige Ausübung der Tätigkeit, § 1 HGB, und dies setzt die wiederholte Ausübung der entsprechenden Tätigkeit voraus. Ähnlich Art.8 it.c.com.1882 ("professione abituale").

13) Diesen Einwand teilte schon Diena, Trattato I (1900), S.101.

./.

se der Halter eines Kleinbusses, der in München gewöhnlich Stadtrundfahrten durchführt, nach deutschem Recht kein Kaufmann, denn seine Tätigkeit erfordert keine Einrichtung eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes. Erst recht ist er keine Anstalt im Sinne des § 1 II Nr.5 HGB, wozu ein noch größerer Geschäftsbetrieb notwendig wäre als es schon § 2 HGB erfordert. Diese Tätigkeit jedoch in Frankreich ausgeübt, führte gemäß Art.1 iVm Art.632 c.com. ("entrepreneur de transport par terre") zur Kaufmannseigenschaft. Nun kann es vorkommen, daß dieser Busunternehmer ausnahmsweise für einen Kegelclub eine Tour nach Frankreich unternimmt und in Straßburg einen Kegelbruder zusteigen läßt. Gemäß der lex loci actus-Regel würde er z.B. im Hinblick auf den unglücklicherweise nach einem Unfall notwendigen Reparaturauftrag als Kaufmann angesehen und dem Handelsrecht unterstellt. Dabei hatte er in Frankreich nur eine einzige Handlung vorgenommen, die als kaufmännisch angesehen wird, indem er in Straßburg eine Person mitnahm. Art.1 c.com. bezeichnet als Kaufmann aber nur denjenigen, der mehrere als kaufmännisch qualifizierte Akte ausführt. Folglich müßte insoweit auf die in Deutschland ausgeführten Geschäfte zurückgegriffen werden. Damit führte letztlich eine in einem anderen Land als nichtkaufmännisch angesehene Handlung zur Kaufmannseigenschaft und dies steht nicht im Einklang mit der Definition des Kaufmanns, sowohl nach französischem wie nach deutschem Recht. Somit verwundert es nicht, daß diese streng territoriale Auffassung einer lex loci actus-Regel seit der Jahrhundertwende nicht mehr vertreten wird.

(b) Ort der Berufsausübung

Soweit es die zweite Variante betrifft, die zusätzlich auf den Ort der Berufsausübung abstellt, fragt sich, wie diese Regelung mit der territorialen Grundüberzeugung zu vereinbaren ist, denn sie kann ja schließlich auch zur Anwendung fremden Rechts führen.

./.

Doch Ende des 19.Jahrhunderts wurde diese Richtung nicht mehr so streng vertreten wie vormals.[14] Insbesondere wurde zugestanden, daß im Ausland erworbene Rechte in einem gewissen Umfang exterritoriale Wirkung haben könnten, d.h., daß sie auch im Rahmen des eigenen Rechts anerkannt würden. Wenn somit jemand an dem Ort der üblichen Berufstätigkeit die Kaufmannseigenschaft erworben hatte, konnte er diese Position in den neuen Rechtskreis mit einbringen.

Die oben erwähnten Autoren haben auch den Fall bedacht, daß eine Person den Beruf in mehreren Ländern ausübt. In diesem Fall soll das Recht am Ort der Hauptniederlassung maßgeblich sein.[15] Diese Ergänzung betrifft nur die zweite Variante der Ausgangsregel. Der Handlungsort bleibt neben der Hauptniederlassung als Anknüpfungsmerkmal bestehen. Vermieden wird eine Anknüpfungsvielfalt in dem Sinne, daß jede Rechtsordnung zu befragen wäre, in deren Rahmen der Beruf ausgeübt wird.

Es erscheint auf den ersten Blick widersprüchlich, daß nach der ersten Variante nur eine einzige Handlung genügen soll, während mehrere Handlungen an einem zweiten Ort nicht berücksichtigt werden, wenn an einem dritten Ort eine Hauptniederlassung besteht. Dies erklärt sich aber auch daher, daß die zweite Variante auf der Anerkennung einer exterritorialen Wirkung beruht. Letztlich wird diese Anerkennung nur auf eine der in Betracht kommenden Rechtsordnungen begrenzt. Nur eine der Niederlassungen, also die Hauptniederlassung, kann neben dem Handlungsort zur Kaufmannseigenschaft führen.

---

4) Vgl. dazu oben S.57 f die Ausführungen zu Asser und die Beobachtung, daß die lex loci actus-Regel sich wenig mit seinen vorangestellten allgemeinen Prinzipien verträgt.

5) Asser, Pradier-Fordéré, Calvo, jeweils a.gl.O. (soeben Fn 9)

(1a) Ausnahmen von der lex loci actus

Zwei der genannten Literaturmeinungen blieben unvollständig zitiert, würde nicht berichtet, daß sie von obiger Regel für bestimmte Normengruppen Ausnahmen vorsehen. Soweit in Vorschriften des Prozeßrechts, die also die Zuständigkeit und das Verfahren vor Gericht betreffen, der Begriff Kaufmann verwendet werde, beurteile sich die Kaufmannseigenschaft stets nach der lex fori.[16] Und dieser Auffassung folgten später auch andere, die im übrigen die lex loci actus-Regel ablehnten.[17]

Die Ausnahmsregelung wird auf zweierlei Weise begründet. Asser meint diesbezüglich, daß, wenn der Gesetzgeber eine spezielle Zuständigkeit und ein spezielles Verfahren für Handelsgeschäfte vorsehe, er darunter nur diejenigen Geschäfte verstehe, denen er selber die Qualität zuerkenne. Insoweit handle es sich um nichts anderes, als einen abgekürzten Ausdruck für die an anderer Stelle erfolgte Definition.[18] Diese Überlegung, konsequent zu Ende gedacht, muß zum völligen Ausschluß von gesondert anzuknüpfenden Vorfragen führen, denn was hier für die Kaufmannseigenschaft behauptet wird, trifft genauso auf andere Rechtsbegriffe zu, für die mit guten Gründen eine Sonderanknüpfung durchgeführt wird. Niemand behauptet heute mehr, daß der Gesetzgeber, wenn er den Begriff Ehe verwendet, sich exklusiv auf die in seiner eigenen Rechtsordnung aufgestellten Voraussetzungen beziehe. Genauso verhält es sich z.B. bei den Begriffen Erbe, Adoption und Geschäftsfähigkeit.

---

16) Asser, aaO (Fn 9), Nr.92, S.189; Calvo, aaO (Fn 9), § 896, S.395

17) Rolin, Rév. d.i.p. 1907, S.495 (!); Surville et Arthus, d.i.p. (1895), Nr.447, S.497 (!)

18) Asser, aaO (Fn 9), Nr.92, S.169. Diese Überlegungen wurden von anderen später übernommen, um daraus ganz allgemein zu folgern, daß das anwendbare Recht sich immer auf die eigenen Begriffe beziehe, vgl.z.B. v.Bar, Theorie II (1889), Nr.290, S.130 (!). Dieser Gedanke taucht nun wieder bei Birk auf, der eine Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft für das AGB-G (§ 24) ablehnt, "da derartige Schutzgesetze eng auf eine bestimmte Rechtsordnung bezogen und deshalb aus dieser heraus die Anwendungsvoraussetzungen zu bestimmen sind.", Birk, ZVglRWiss 79 (1980),281 Fn 50.

./.

Der Gesetzgeber hat mit der Existenz von Kollisionsregeln indiziert, daß Sonderanknüpfungen vorzunehmen sind, denn z.B. die Form oder die Geschäftsfähigkeit können nie Hauptfrage sein, sondern sind stets Teilfragen. Und was zunächst zutrifft für die Sachnormen des Zivilrechts, ist auch anerkannt für das internationale Prozeßrecht,[19] für das Asser die obige Ausnahme machen möchte.

Anders begründet Calvo die Ausnahme, die er von der allgemeinen Regel zugunsten des Prozeßrechts und der lex fori für nötig hält. Das Prozeßrecht sei eine Materie des "ordre public international".[20] Darunter wird im französischen Recht jedoch etwas anderes verstanden als der Inhalt, den das deutsche Recht dem Art. 30 EGBGB gibt. Der o.p.international ist der Sammelbegriff für alle Rechtssätze, die im öffentlichen Interesse für alle Personen auf dem Staatsgebiet anzuwenden sind, die, mit anderen Worten, gegenüber dem fremden Recht durchdringen.[21] Diese Klassifizierung bedeutete nach damaliger Auffassung nicht nur, daß diese Gesetze überhaupt angewendet wurden, sie galten sogar in exklusiver Weise, d.h. unter völligem Ausschluß fremden Rechts. Diese Beurteilung setzte sich insoweit auch für die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft durch. Aus heutiger Sicht ist dem im Prinzip entgegenzuhalten, was oben schon ausgeführt wurde. Sicher gilt auch im deutschen Kollisionsrecht die lex fori-Regel für alle Zuständigkeits- und Verfahrensfragen. Vorfragen können jedoch selbständig angeknüpft werden und es wurde darauf hingewiesen, daß darüberhinaus gelegentlich sogar ganze Rechtssätze ausländischen Verfahrensrechts vor deutschen Gerichten angewen-

---

19) vgl. dazu oben S.128
20) Calvo, Droit int. II (1896), § 896, S.395
21) vgl. Ferid, IPR (1975), Rdn 3 - 29, S.65

./.

det werden.[22] Wenn auch die von Asser ausgehende Auffassung seit langem nicht mehr vertreten wird, so erzeugte sie jedoch weitreichende Nachwirkungen und dies wird zu belegen sein.

(2) Mehrere Akte

Von anderen Autoren wurde die lex loci actus-Variante fallengelassen und es blieb bei der Maßgeblichkeit des Rechts des Ortes, an dem mehrere dieser als kaufmännisch beurteilten Geschäfte ausgeübt wurden.[23] Nach dieser gemilderten territorialen Anschauung genügte eine einzige Handlung noch nicht, um den Gewerbetreibenden, der nach seinem vertrauten Recht kein Kaufmann war, die handelsrechtlichen Rechte und Pflichten zuzumuten. Erst eine Reihe von kaufmännischen Handlungen in dem betreffenden Land könnte für diese Person zur Kaufmannseigenschaft führen.

Dagegen sei es nicht notwendig, daß der Gewerbetreibende eine Niederlassung, also eine organisatorische Einrichtung unterhalte.[24] Bei ausreichendem Bezug zur eigenen Rechtsordnung, folgte man diesen Lehrmeinungen, blieben auch die Beurteilungen unberücksichtigt, die am Ort der ausländischen Niederlassung herrschten.[25]

---

22) s.o. S.30

23) Vincent et Pénaud, Dictionnaire (1888), Nr.34, S.30

24) Diese Auffassung wird z.B. von Rolin als noch zu hart angesehen. Rolin, Rév.d.i.p. 1906, S.29

25) Vincent et Pénaud aaO (Fn 23), Nr.37, S.31. Noch 1932 ging der it.Oberste Gerichtshof davon aus, daß jedenfalls im Hinblick auf die Konkursfähigkeit, die nach Art.695 it.c.com.1882 Kaufleuten vorbehalten war, diese Eigenschaft nur durch Handlungen erworben werden könne, die im Inland vorgenommen wurden, it.cass. 27.3.1932, Clunet 1934, S.199 (200), mit ablehnender Anmerkung von Valéry.

./.

(3) Niederlassung

Von dem Erfordernis, daß zumindest mehrere kaufmännische Handlungen an einem Ort nötig sind, um zur Kaufmannseigenschaft zu führen, ist der Weg nicht weit, um auf das Recht am Ort der Niederlassung abzustellen. Denn gerade im Rahmen dieser Rechtsordnung werden regelmäßig und häufiger als an anderen Orten die berufstypischen Handlungen ausgeführt. Und so gab es bald auch Autoren, die für die Anknüpfungsfrage ausschließlich auf das Recht am Ort der Niederlassung abstellten.[26] Eine solche Regel, mag sie auch auf einer gemilderten territorialen Auffassung beruhen, hat aber auch einen personenrechtlichen Einschlag. Geschützt wird der Kaufmann, denn das Recht am Ort der Niederlassung wird ihm bekannt sein. Er ist nicht mehr all den verschiedenen Rechtsordnungen ausgesetzt, auf deren Gebiet er, ausgehend von der Niederlassung, gelegentlich ein Geschäft vornimmt. Dem Vertragspartner wird zugemutet, sich hinsichtlich der Beurteilung seines Gegenübers auch nach fremdem Recht zu orientieren.

Überraschungen werden jedoch nur selten auftreten, denn wer besonders in früherer Zeit über die Grenzen Handel betrieb, war in den allermeisten Fällen Kaufmann, sowohl nach der einen wie nach der anderen in Betracht kommenden Rechtsordnung. Ausnahmen sind selten. So ist z.B. ein Steinbruchunternehmer nach französischem Recht kein Kaufmann, weil seine Tätigkeit der Urproduktion zugeordnet wird, die ganz allgemein nicht als kaufmännische Tätigkeit angesehen wird. Insofern besteht eine Parallelität zu § 1 II HGB. Während jedoch das deutsche Recht über § 2 zur Kauf-

---

6) Surville et Arthus, d.i.p. (1895), Nr.447, S.497 (!); (unverändert) Surville, Cours élémentaire de d.i.p., 7.Auflage (1925), Nr.447, S.711; Diena, Trattato I (1900), S.101 (!); Valéry, Manuel d.i.p. (1914), Nr. 891, S.1248; ders. in Anm. zu it.cass. 24.3.1932, Clunet 1934, 200; Cavaglieri,Lezioni (1933), S.272 (!); ders., Dir.int.com. (1936), Nr.14, S.122; Verträge von Montevideo vgl. oben S.122.

./.

mannseigenschaft führen kann, ja sogar bei einem entsprechenden Umfang der Geschäftstätigkeit die Verpflichtung enthält, sich eintragen zu lassen, § 29 HGB, kennt das französische Recht eine solche Möglichkeit nicht.

Die Anknüpfung an die Niederlassung wirkte sich so aus, daß dieser französische Unternehmer, wenn er in Deutschland eine Maschine bestellte und der Vertrag deutschem Recht unterläge, für das Vertragsverhältnis als Nichtkaufmann anzusehen wäre und er unter den Schutz z.B. des AGB-Gesetzes fiele.

Der Schutz, der durch die Anknüpfung an die Niederlassung erreicht wird, ist jedoch nur ein "relativer" Schutz und was damit gemeint ist, wird im folgenden auszuführen sein.

Ein französischer Nichtkaufmann muß nach dem ihm vertrauten französischen Recht z.B. nicht damit rechnen, an eine mündliche Abrede (Vertrag) gebunden zu sein[27] oder durch einen einfachen Brief in Verzug gesetzt zu werden.[28] Ist nun deutsches Recht Vertragsstatut, so gelten, auch wenn die Kaufmannseigenschaft nach französischem Recht zu bestimmen ist, im übrigen die Sachnormen des deutschen Rechts, so daß nach dem BGB auch gegenüber Nichtkaufleuten z.B. ein einfacher Brief für die Inverzugsetzung ausreicht. Der französische Steinbruchunternehmer müßte sich daran festhalten lassen. Die Sonderanknüpfung an die Niederlassung wirkte sich doch insofern günstig für ihn aus, als er we-

---

27) Art.1341 c.civ. ist als Beweismittelbeschränkung konzipiert und sieht vor, daß bei einem Vertragsgegenstand, der den Wert von 50 Francs übersteigt, der Nachweis nicht durch Zeugenbeweis erbracht werden kann. Dagegen kann das Handelsgericht gem. Art.109 c.com. bei Handelsgeschäften auch den Zeugenbeweis zulassen.

28) Art.1139 c.civ. sieht eine förmliche Aufforderung vor (sommation), die in der Regel durch den Gerichtsvollzieher zugestellt wird, vgl. Ferid, Französisches Zivilrecht I (1971), S.249.

nigstens im Rahmen der Verschuldensprüfung für den Verzug, nicht schon für den Verschuldensmaßstab des § 347 I HGB einzustehen hätte.[29)]

Wie dieses Beispiel zeigt, kann selbst die Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft über die Niederlassung nicht zu einem absoluten Vertrauensschutz führen, der etwa darin bestünde, daß der Franzose nicht weitergehend als nach seinem eigenen Recht gebunden wäre.[30)] Möglich ist jedoch ein relativer Vertrauensschutz, d.h. daß der Nichtkaufmann im Ausland wenigstens nicht an die strengen Folgen des ausländischen Rechts gebunden ist. Er genießt somit den gleichen Schutz wie die Nichtkaufleute der fremden Rechtsordnung. Den verschiedenen bisher vorgestellten Regeln ist gemein, daß sie auf die Häufigkeit der im territorialen Bereich ausgeführten Handlungen abstellen. Und dies führte je nach Sensibilität des Autors für eine Gebietsbezogenheit entweder zu einer lex loci actus-Regel oder zu einer Regel, wonach mehrere Handlungen an einem Ort nötig sind, oder schließlich zu dem Recht am Ort der Niederlassung.

b) Unterscheidung nach Geschäftsgegenstand

Denkbar ist aber auch, den territorialen Bezug auf andere Weise zu berücksichtigen, indem man z.B. auf den Inhalt des Geschäfts

---

29) Im Rahmen der Verschuldensprüfung können im übrigen ausländische Gegebenheiten berücksichtigt werden. Wenn z.B. nach französischem Recht ein einfacher Brief für eine Inverzugsetzung nicht ausreicht, so kann dies bei deutschem Vertragsstatut im Rahmen des § 285 BGB als "datum" eingeführt werden. Zur datum-Theorie, die sich gerade bei Generalklauseln eignet, vgl. Ehrenzweig/Jayme, Private int.law III (1977), s.344, S.4 f.

30) Zu dieser Auswirkung führten die personalen Stammesrechte vor dem 12. Jahrhundert, vgl. oben S.37. Der Gedanke findet sich aber auch bei einer Sonderanknüpfung des Schweigens im Rechtsverkehr, dazu vgl. oben S.129 Fn 4)

./.

abstellt. So erscheint manchen Autoren dieser Bezug bei Verträgen über Immobilien besonders stark zu sein.[31] Selbst Vertreter, die ansonsten einer Regel zuneigen, die auf das Recht am Ort der Niederlassung abstellt, lassen in diesem Fall eine lex loci-Regel im Sinne einer lex rei sitae genügen. Und diese Regel wird darüberhinaus ausdehnend angewandt, indem nicht nur auf den Handlungsort (lex loci actus) abgestellt wird, sondern sogar auf den Erfüllungsort (lex loci solutionis).[32] Somit hat die Nähe des Geschäftsgegenstandes zum Territorium Einfluß auf die Anknüpfungsfrage.

In dieser Haltung dringt besonders deutlich noch die territoriale Auffassung zu den Realstatuten durch. Es ist zu beobachten, daß sich die Statutenlehre für Grundstücksgeschäfte am längsten behaupten konnte. Dem kann jedoch heute nicht mehr gefolgt werden. Auch an anderen Stellen, in denen das Gesetz eine Sonderanknüpfung vorsieht, wird nicht nach dem Gegenstand der Verpflichtung unterschieden. So gilt Art.7 I EGBGB auch für Verpflichtungsverträge über Grundstücke. Sicher gibt es auch heute noch einen verbreiteten Schutz für den inländischen Grundstücksverkehr. Dieser Schutz wird aber mit fremdenrechtlichen Regelungen erreicht, indem Ausländern der Erwerb von Grundstücken nicht oder nur zu erschwerten Bedingungen gestattet wird. Dagegen spielt es für ein Grundstücksgeschäft keine Rolle, ob eine nach ausländischem Recht vorliegende Kaufmannseigenschaft im Inland zur Anwendung von Handelsrecht führen kann.

---

31) Vgl. oben die Darstellung zu Diena, S.69 ff. Auch Art.4 Ziff.3 des EG-Übereinkommens für Schuldverhältnisse (1980) fordert für Grundstücke die Anwendung der lex rei sitae, wenn keine Rechtswahl getroffen wurde. Für die Form ist stets die lex rei sitae maßgebend, Art.9 Ziff.6 des Übereinkommens.

32) Diena, Trattato I (1900) S.102

./.

Somit ist ein nach Vertragsgegenständen unterscheidendes Kollisionsrecht für die Anknüpfung von Teilfragen nicht angebracht.

c) Unterscheidung nach Normengruppen

Andere Autoren wollen den territorialen Ausgangspunkt dadurch berücksichtigt sehen, daß sie eine nach Normengruppen differenzierende Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft vorschlagen. Dabei wird unterschieden, ob das Gesetz, das den Begriff verwendet, streng territorialer Natur ist oder nicht.

(1) Wirkungsstatut als Ausnahme

Ein Teil der Lehrmeinungen geht davon aus, die Kaufmannseigenschaft nur in diesen Fällen anders anzuknüpfen. Für sie bleibt es im allgemeinen bei der Anknüpfung z.B. an die Niederlassung und nur ausnahmsweise und nur für bestimmte Normen gelte etwas anderes.[33)]

Besonders häufig wird eine lex fori-Regel vorgeschlagen im Hinblick auf Vorschriften des Prozeßrechts. Hat die Kaufmannseigenschaft Einfluß auf die Zuständigkeit oder das Verfahren vor Gericht, sei insoweit das Recht am Gebietsort maßgeblich, und dies in exklusiver Weise, d.h. unter völligem Ausschluß fremden Rechts. Diese, der öffentlichen Ordnung zugehörigen Normen, ließen fremdes Recht auch partiell nicht zu.[34)] In diesem Zusammenhang wird auch auf Normen verwiesen, die sich unter der Bezeichnung öffentlichrechtliche Verpflichtungen zusammenfassen lassen;[35)] und

---

3) Zu diesen Autoren gehören die oben schon erwähnten Asser und Calvo, aaO (oben S.140)

4) Vgl. dazu schon oben S.140 ff

5) Frankenstein, Grenzrecht II (1929), S.408; Schnitzer, Handbuch des IHR (1938), S.41; Arminjon, Droits acquis (1934), Rdn.21, S.43; Hamel/Lagarde, Traité I (1954), S.415

die den Kaufmannsbegriff verwenden. Zu dieser Gruppe zählt die Verpflichtung, sich in ein Handelsregister eintragen zu lassen, oder Bücher zu führen und zu bilanzieren. Es handelt sich um Berufsausübungsregelungen, die vom Gesetzgeber im nationalen Interesse erlassen werden. Dieser Charakter verbiete es, so wird behauptet, Teilfragen wie die Kaufmannseigenschaft nach einer fremden Rechtsordnung zu bestimmen.

Neuerdings gibt es eine weitere Gruppe von Normen, bei denen öffentliche Interessen besonders stark berührt werden. Es sind dies in Deutschland die Verbraucherschutzgesetze, die den Verkehrsschutz ausdehnen wollen, die aber, wie verschiedentlich schon erwähnt, Kaufleute vom personalen Schutzbereich ausnehmen. Häufig findet sich diesbezüglich die Meinung, daß auch die Kaufmannseigenschaft von Ausländern, z.B. bei Anwendung des deutschen AGB-Gesetzes nach deutschem Recht, also dem Verbraucherschutzstatut, zu beurteilen sei.[36] Dies wird oft leider nicht begründet und das ist schade, denn man weiß eigentlich nicht, weshalb deutsches Recht maßgebend sein soll. Viele verschiedene Wege mit ganz unterschiedlichem Ausgangspunkt könnten zu deutschem Recht führen. Denkbar ist, und insoweit besteht ein Zusammenhang mit den schon im vorigen Jahrhundert gemachten Aussagen, daß diese Autoren aufgrund des Rechtscharakters des AGB-Gesetzes als zwingende Norm eine Sonderanknüpfung, also die Zulassung fremden Rechts ablehnen.

Für diese Normengruppen ist somit eine abweichende Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft vorgeschlagen worden und regelmäßig wird im Ergebnis der Begriff der lex causae, d.h. den Sachnormen der

---

36) Schlechtriem, Festschrift Duden (1977), S.571 (580); Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz (1978), S.514; Birk, a.gl.O. (oben S.132 Fn 5)

./.

Hauptfrage entnommen. Diese Sonderbehandlung bestimmter Gesetze mit der Folge der Spaltung der Anknüpfung ist aber nicht unproblematisch, wie sich zeigen wird. Denn die naheliegende Folge dieser Spaltung ist, daß eine Person im Rahmen nur eines Rechtsverhältnisses hinsichtlich ihrer Kaufmannseigenschaft nach verschiedenen Rechten beurteilt werden kann und folglich unterschiedliche Beurteilungen zu erwarten sind.

So kann es sein, daß der Inhaber eines in Frankreich stationierten Kleinzirkus, der zwar Kaufmann im Sinne des französischen Rechts[37] ist, nicht aber im Sinne des deutschen Rechts,[38] gelegentlich auf deutschem Gebiet von einem deutschen Viehhändler, der Kaufmann im Sinne des deutschen wie des französischen Rechts ist, ein Pony kauft, das später an das französische Winterquartier zu liefern ist. Nehmen wir an, daß der gegenüber deutschem Recht skeptische Franzose den Vertragspartner zu französischem Recht überreden könnte. Klagt nun der Franzose aus dem Kaufvertrag vor dem nach Art.2 I EuGVÜ zuständigen deutschen Gericht, so ist, ein Streitwert von über DM 3000.- unterstellt, bei einer unselbständigen Bestimmung der Teilfrage der Kaufmannseigenschaft des § 95 I Nr.1 GVG die Zivilkammer zuständig, denn § 95 I Nr.1 GVG setzt ein beiderseitiges Handelsgeschäft voraus. Diese Voraussetzung ist jedoch nicht erfüllt, wenn der Franzose infolge

---

37) Art.632 VI fr.c.com. "entreprise de spectacle public"; vgl. Jauffret, Dalloz, Rép.com., v. a.d.c. (1972), Nr.275

38) Der Kleinzirkusunternehmer zählt nicht zu den Grundhandelsgewerben des § 1 II HGB. Er fällt aber auch nicht unter § 2 HGB, weil er keinen kaufmännisch eingerichteten Betrieb benötigt. Dennoch kann er "entrepreneur" i.S.d. französischen Rechts sein, denn dies setzt nur irgendeine Organisation voraus, also ein Weniger. Doch unterstellt, es handle sich um einen größeren Zirkus, so fragt sich, wie das für eine Kaufmannseigenschaft nach § 2 HGB konstitutive Erfordernis einer Eintragung, die bei Ausländern häufig nicht vorliegen wird, ersetzt werden kann. Genügt gegebenenfalls eine Eintragung in ein fremdes Handelsregister? Dies ist an dieser Stelle nicht entscheidungserheblich, wird aber an späterer Stelle zu behandeln sein (vgl. unten S.238).

einer unselbständigen Anknüpfung an die deutsche lex fori als Nichtkaufmann angesehen werden muß. Materiell ist, da beide Seiten entsprechend dem französischen Vertragsstatut Kaufleute sind, über die Theorie vom a.d.c. par accessoire französisches Handelsrecht maßgebend, einschließlich des Handelsgewohnheitsrechts. Beruft sich nun der Beklagte auf ein durch Einbeziehung seiner AGB begründetes Rücktrittsrecht, so ist das AGB-Gesetz und speziell § 10 Nr.3 (Unwirksamkeit sachlich nicht gerechtfertigter Rücktrittsvorbehalte) über § 12 Nr.1 AGB-Gesetz zu "berücksichtigen", da bei einer Regel, die bezüglich Verbraucherschutzgesetze auch für Ausländer die Kaufmannseigenschaft nach deutschem Recht beurteilt, der Franzose in den Schutzbereich des Gesetzes fällt, § 24 Satz 1 Nr.1 iVm § 12 AGB-Gesetz. Im Ergebnis ist es also eine Zivilkammer, die auf einen Sachverhalt sowohl französisches Handelsrecht wie auch deutsche Verbraucherschutzgesetze anzuwenden hat.

Die Ungereimtheiten sind offenkundig. Der Gesetzgeber wollte sinnvollerweise Handelsrecht vor besondere Gerichte bringen; dieses Ziel wird verfehlt. Der Gesetzgeber wollte weiterhin vermeiden, daß auf ein und dasselbe Rechtsverhältnis zugleich Handelsrecht als auch Verbraucherschutzrecht anzuwenden ist. Zu diesem Zweck hat er in beiden Normengruppen das gleiche Abgrenzungskriterium, nämlich den Begriff Kaufmann, verwendet. Diese Systematik wird unterlaufen, wenn man, etwa im Wege der Spaltung der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft, unterschiedliche Einstufungen hinnimmt.[39] Deshalb sind Lösungen problematisch, die für bestimmte Normengruppen die Kaufmannseigenschaft anders bestimmen wollen als sonst.

---

39) Auf das hiermit angesprochene Interesse an einer internen Entscheidungsharmonie wird noch an späterer Stelle einzugehen sein (vgl.unten S.286 ff)

./.

(2) lex fori als Generalanknüpfung

Andere Autoren verfolgen deshalb das Ziel, die Kaufmannseigenschaft einheitlich, also für alle Fallgruppen nach einer einzigen Rechtsordnung zu bestimmen. Gleichwohl teilen sie die Meinung, daß für einige Normengruppen, z.B. das Prozeßrecht, ein Einfluß fremden Rechts nicht zugelassen werden kann. Beide Ziele lassen sich nur zu einer lex fori-Regel verbinden. Wenn das Prozeßrecht der lex fori folgt und der Kaufmannsbegriff einheitlich anzuknüpfen ist, dann muß der lex fori stets die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft vorbehalten bleiben.[40)]

Hinter dieser Aussage verbirgt sich die Auffassung, daß das Prozeßrecht den Normen des ordre public zugehöre, so daß man sich für die Beantwortung der von diesen Normen aufgeworfenen Teilfragen nur an eigenen Maßstäben orientieren könne.[41)] Es ist an anderer Stelle schon auf die frühere romanische Auffassung vom ordre public hingewiesen worden.[42)] Der o.p. wurde nicht im Sinne einer Überprüfung des Anwendungsergebnisses verstanden, sondern als Anwendungsgrund selber, dem weite Teile des mit öffentlichem Interesse in Verbindung gebrachten Rechts zugeordnet wurden. Ein starker o.p. wurde als Ausgleich für eine starke personale Anknüpfung für nötig gehalten. Wer aber, wie die heutige Auffassung zum Kollisionsrecht, den o.p. als eine Ausnahme versteht, kann nicht die lex fori-Regel als Generalanknüpfung für die Kaufmannseigenschaft wählen.[43)]

---

40) Lyon-Caen et Renault, Traité I (1906), Nr.211, S.242 (!); dieselben, Traité I (1927), Nr.211, S.258. Diese Regel gelte auch, soweit es um die Beurteilung gehe, ob ein a.d.c. vorliege; dieselben (1906),Nr.190,S.215.

41) Auch französische Gerichte haben sich gelegentlich für die lex fori ausgesprochen, allerdings ohne eine eingehende Begründung zu geben. Bezüglich der Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen: Poitiers, 4.11.1886 Clunet 1886, 703. Bezüglich der Konkursfähigkeit: Aix, 3.4.1884, Clunet 1885, 81.

42) Vgl. oben S.51

43) So schon Surville et Arthuys, d.i.p. (1895), Nr.447, S.497

./.

Zudem ist der o.p. gebietsbezogen; auf fremdem Territorium kann ein o.p. keinen Einfluß haben.[44] Die lex fori-Regel wäre deshalb ungeeignet, Sachverhalte, die sich auf fremdem Gebiet abspielen und lediglich inländisch verhandelt werden, zu beurteilen. Und im internationalen Handelsverkehr ist es eben keine Ausnahme, daß der Gerichtsort sozusagen in der Mitte zwischen zwei Erfüllungsorten liegt oder daß ein Gericht international zuständig ist, das nicht in dem Gebiet des Staates liegt, dessen Rechtsordnung Vertragsstatut ist.

Da für alle diese Fälle Ausnahmen zu machen wären, würde das Prinzip ausgehöhlt. Folglich ist auch eine lex fori-Regel als Generalanknüpfung abzulehnen.

Untersucht wurden bis zu dieser Stelle Kollisionsregeln zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft, die auf einer territorialen Grundanschauung basieren. Sie waren, sieht man von dem Vorschlag ab, an die Niederlassung anzuknüpfen, aus den verschiedensten Gründen abzulehnen. Der territoriale Ausgangspunkt scheint für sich gesehen nicht auszureichen. D.h. aber nicht, daß die verschiedenen Ziele, wie Verkehrsschutz, Einheitlichkeit der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft, Vermeidung der Denaturierung von Rechtsnormen durch Sonderanknüpfung, gleichmäßige Anwendung der im öffentlichen Interesse bestehenden Normen auch auf ausländische Handelstreibende abzulehnen sind. Nur wird zu prüfen sein, ob diese Ziele nicht auch auf andere Weise gewährleistet werden können. Unberücksichtigt blieb bisher der Schutz des einzelnen Gewerbetreibenden vor überraschender Kaufmannseigenschaft.

---

44) Vgl. auch Cavaglieri, Dir.int.com. (1936), S.120 und Diena, Trattato I (1900), S.99.

./.

2. Personale Anknüpfungen

Ein wichtiges, vom Kollisionsrecht zu berücksichtigendes Anliegen ist das Interesse einer Partei, in ihren persönlichen Angelegenheiten nach der Rechtsordnung beurteilt zu werden, der sie angehört, mit der sie verbunden ist. So wird eine Person, die ihr Gewerbe gelegentlich im Ausland betreibt, oft die ihr fremde Rechtsordnung nicht kennen und sich auf überraschende Kaufmannseigenschaft nicht einstellen. Dieses Interesse berücksichtigen eine Reihe von Anknüpfungsvorschlägen, die auf einer personalen Anknüpfungsgrundlage beruhen. Ihnen ist gemein, daß sie die Teilfrage der Kaufmannseigenschaft gesondert anknüpfen wollen.

Auch insoweit sind mehrere Anknüpfungsalternativen denkbar. Es wird zu untersuchen sein, welche Auswirkung eine personale Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft auf die mit dem Kollisionsrecht verfolgten internationalprivatrechtlichen Interessen haben wird. Da eine Sonderanknüpfung häufig zu ausländischem Recht führen wird, ist besondere Aufmerksamkeit für Schwierigkeiten geboten, die bei einer Anwendung einer vom Wirkungsstatut verschiedenen Rechtsordnung auftreten können. So ist z.B. vielen Rechtsordnungen der Begriff Kaufmann unbekannt.

a) Staatsangehörigkeit

Es wurde vorgeschlagen, die Kaufmannseigenschaft nach dem nationalen Gesetz des Betroffenen zu bestimmen.[1] Dem entspricht im heutigen IPR das Recht der Staatsangehörigkeit, da es viele Staa-

---

1) Weiss, André, Annales de droit com. II (1888), S.109 (115); ders., Traité VI (1913), S.240; zu Weiss vgl. oben S.81 ff; Bartin, Principes II (1932), § 235, S.47; zu Bartin vgl. oben S.91 ff.

ten gibt, die die begrifflichen Voraussetzungen einer Nation nicht erfüllen, und andere Nationen in verschiedene Staaten gespalten sind.

Weiss hat sich für diese Anknüpfung im Hinblick auf das französische Konkursrecht ausgesprochen. Nach französischem Recht wurden damals, Art.437 I c.d.com. a.F., wie auch heute, Art.1 des Gesetzes Nr.67-563 vom 13.7.1967, nur Kaufleute dem Konkurs unterworfen. Es herrschte ein heftiger Streit über die Frage, ob der Konkurs mehrfach, d.h. an mehreren Orten gleichzeitig, allerdings mit Beschränkung auf das jeweilige Gebiet, oder einheitlich, d.h. nur an einem Ort, doch mit Wirkung auch für das Ausland, eröffnet werden könne. Weiss sprach sich für die Einheitlichkeit (l'unité) des Konkurses aus und berücksichtigte damit vor allem die Auswirkungen, die der Konkurs auf die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen hat. Der in Konkurs Gefallene sei quasi als zivilrechtlich gestorben anzusehen, und dieser Vergleich zum Erbrecht legte die Anwendung des personalen Gesetzes nahe. Personal, das bedeutete damals die Anwendung des Rechts der Staatsangehörigkeit, denn andere personale Anknüpfungen waren oft unbekannt oder wurden, wie z.B. das Domizil, aus prinzipiellen Gründen abgelehnt. Geleitet wurde Weiss vor allem von seiner Auffassung von der Personalität der Gesetze. Dieser Ausdruck umschreibt die Vorstellung, daß eine Person überall, also gerade auch im Ausland, von den ihre persönlichen Verhältnisse regelnden Gesetzen sozusagen begleitet werde. Entsprechend habe sich der Konkurs eines Kaufmanns immer nur nach den Vorschriften seines Heimatstaates zu richten, also auch dann, wenn der Konkurs im Ausland eröffnet werde. Den Gerichten wurde zugemutet, ausländisches materielles Konkursrecht anzuwenden. Ist aber das Heimatrecht schon für die Hauptfrage maßgeblich, bedurfte es nicht einmal einer Sonderanknüpfung, um die Konkursfähigkeit, also die Kaufmannseigenschaft, nach dem Recht der Staatsangehörigkeit zu bestimmen.

./.

Es ist schon darauf hingewiesen worden, wie sehr in der Anschauung von der Personalität der Gesetze eine Übersteigerung des Nationalitätsprinzips liegt.[2] Diese kollisionsrechtliche Richtung ist als überzogene Reaktion auf die strenge territoriale Auffassung zu begreifen, die jeden persönlichen Einschlag ablehnte. Richtig ist der Weg, beide Gesichtspunkte angemessen zu berücksichtigen, und dazu ist z.B. die Methode der selbständigen Anknüpfung von Vorfragen besonders geeignet.

Bartin fand über einen anderen Weg zu dem Vorschlag, das Recht der Staatsangehörigkeit auf die eingangs gestellte Frage anzuwenden. Bartin war bemüht, aus den eigenen Normen und insbesondere Sachnormen auf das Kollisionsrecht zu schließen.[3] Besondere Leitbildfunktion hatten die wenigen, im wesentlichen in Art.3 des fr.c.civ. zusammengefaßten Kollisionsnormen des französischen Rechts. Gesetzlich festgelegt war die Anknüpfung der Geschäftsfähigkeit. Bartin sieht eine Parallele zwischen beiden Instituten und findet so zum Recht der Staatsangehörigkeit auch für die Kaufmannseigenschaft.[4]

Der Projektionsidee Bartins sind schon Einwände grundsätzlicher Art entgegenzuhalten. Gewiß verfolgen die Sachnormen des materiellen Rechts, wie auch des Kollisionsrechts das Ziel, Gerechtigkeit zwischen einzelnen herzustellen.[5] Doch die zu berücksichtigenden Interessen sind verschieden. Internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit darf sich nicht, oder jedenfalls nicht primär, an der materiellprivatrechtlichen Gerechtigkeit orien-

---

2) Vgl. oben S.84 f

3) Vgl. oben S.91

4) Bartin, aaO, oben S.93

5) Kegel, IPR (1977), S.54

./.

tieren.[6] Im IPR kommt es vor allem darauf an, zu prüfen, inwieweit eine Verbindung zu der einen oder anderen Rechtsordnung besteht, ohne auf die Qualität der Regelung zu achten.[7]

Bartins Idee von der Leitbildfunktion der eigenen Sachnormen führt allzu leicht dazu, Rechtsbegriffe, deren Anknüpfung eine kollisionsrechtlich offene Frage ist, anderen geregelten Rechtsinstituten zuzuordnen. In diesen Fehler verfällt Bartin, wenn er die Kaufmannseigenschaft wie die Geschäftsfähigkeit behandelt. Er übersieht, daß die Geschäftsfähigkeit ohne eigenes Zutun er-

---

6) Anders Steindorff, Sachnormen im IPR (1958), der in seiner Untersuchung zu dem kollisionsrechtlichen Lösungsprinzip findet, daß "die Sachnormen der in Betracht kommenden Rechtsordnungen in den Mittelpunkt der Urteilsbildung zu rücken" seien, Steindorff aaO, S.278.

7) Diese Auffassung ist jedenfalls herrschende Meinung im deutschen Kollisionsrecht. Doch der Grundsatz des "besseren" Rechts ist anderenorts im Kollisionsrecht nicht unbekannt. Schon Aldricus wollte im 13.Jahrhundert die Wahl zwischen zwei in Betracht kommenden Gewohnheitsrechten darnach vornehmen, welches von beiden "potior et utilior" (zit. nach Kegel, IPR (1977), S.74) erschien. Der "better law approach" wird auch im amerikanischen Recht verwendet, dazu Ehrenzweig/Jayme, Private int.law I (1967), s.46, S.100, und Jayme, Festschrift Schwind (1978), 104 (112). Auch Juenger setzt sich dafür ein, im deutschen IPR den Grundsatz des besseren Rechts einzuführen. Juenger, Zum Wandel des IPR (1974), S.21 ff. Die Kritik wird angeführt von Kegel in: Juenger, aaO, S.35 ff.

Der Grundsatz des besseren Rechts ist abzulehnen. Zum einen ist es schwierig bzw. unmöglich festzustellen, welches Recht wirklich das objektiv bessere ist. Die Maßstäbe variieren von Staat zu Staat. Der Richter, der regelmäßig nur seine eigene Rechtsordnung überschaut, wird deshalb häufig sein eigenes Recht für das bessere halten. Doch selbst wenn ein Recht wirklich besser sein sollte, so heißt das noch nicht, daß es das für eine Partei angenehmere wäre. Dem Parteiinteresse dient eher das Recht, das ihr vertraut ist, in das sie sich eingelebt hat. Denkbar aber ist, das für eine Partei konkret "günstigere" Recht zu wählen. Dies darf aber nur der Fall sein, wenn die internationalprivatrechtlichen Interessen so zu gewichten sind, daß der einen Seite besonderer Schutz zukommen sollte. Das deutsche IPR hat im Interesse, Einheimische zu schützen, etwa in Art. 12 EGBGB eine solche Regelung zugunsten des Unfallopfers getroffen. Auf das konkret günstigere Recht zurückzugreifen, kann aber, so auch die Konstruktion des Art.12 EGBGB, nur ausnahmsweise möglich sein. Dazu, in welchen Fällen die Anwendung des konkret günstigeren Rechts auch im Rahmen des klassischen IPR geboten sein kann, vgl.Jayme, Festschrift Schwind (1978), 103 (108).

./.

langt wird und für alle Rechtsgeschäfte von Bedeutung ist, während die Kaufmannseigenschaft durch die Berufsausübung gewissermaßen erworben wird und sich auch nur auf die Berufstätigkeit auswirkt.[8)]

Waren schon die Ansätze von Weiss und Bartin zurückzuweisen, so läßt sich eine auf die Staatsangehörigkeit abstellende Anknüfungsregel auch aus anderen Gründen nicht rechtfertigen. Zwar ist in den Ländern, die dem sog. Staatsangehörigkeitsprinzip folgen, die Staatsangehörigkeit die wichtigste personale Anknüpfung, dennoch paßt das Konzept dieses Prinzips nicht für die Kaufmannseigenschaft. Das Prinzip findet seinen Ursprung in dem Gedanken der Nationalität.[9)] Danach bestehen zwischen einer Person und der staatlichen Gemeinschaft, in der sie lebt, mehrere Verbindungen. Besonders wichtig ist die gleiche Abstammung, die gleiche Sprache, das Leben im gleichen räumlichen Bereich und eine Lebenserfahrung, die geprägt ist durch gleiche Gewohnheit, Religion und Geschichte. Diese Verbindungen sind im Handel von geringem Gewicht. Die Abstammung spielt keine Rolle, weitgehend herrscht Niederlassungsfreiheit. Die internationale Handelssprache ist Englisch, einen räumlichen Bereich gibt es nicht, denn der Handel ist auf die Überschreitung der Grenzen angelegt. Die Handelsgewohnheiten sind weniger von Staat zu Staat verschieden, sondern durch internationale Praktiken geprägt. Religion und Geschichte pflegen im Handel keine Rolle zu spielen. Die historischen oder politischen Erfahrungen der in einer Nation oder einem Staat lebenden Bevölkerung wirken sich im Handel nicht aus. Eine ethnische Verbindung besteht nicht, da die Kaufmannseigenschaft nicht angeboren ist. Sie

---

8) Vgl. dazu oben S.98

9) Zu Mancini siehe oben S.49 ff.

./.

kann nach dem freien Willen des Betroffenen wieder abgelegt werden.[10] Es bleiben auch keine Nachwirkungen, wenn die Person aus dem Berufsleben ausgeschieden ist. Somit kann ganz allgemein gesagt werden, daß die Verbindungen einer Person zum Heimatrecht, die die Anwendung des Rechts der Staatsangehörigkeit rechtfertigen, im Handel keine Auswirkungen haben.[11] Deshalb pflegt man sich im Handelsverkehr nicht um die Staatsangehörigkeit zu kümmern.

Auch paßt das Konzept des Staatsangehörigkeitsprinzips nicht für die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft. In der Regel wird man nur eine einzige Staatsangehörigkeit besitzen. Dagegen kann (juristische) Person Inhaber mehrerer Erwerbsgeschäfte in verschiedenen Ländern sein und genauer besehen, geht der juristische Charakter eher von dem Gewerbebetrieb selber aus und nicht von der Staatsangehörigkeit des zufälligen Inhabers.[12] Eine Regel, die an die Staatsangehörigkeit anknüpft, störte sogar das internationalprivatrechtliche Ordnungsinteresse an einer internationalen Entscheidungsharmonie. In dieser Beziehung ist der Handelsverkehr wegen seiner Tendenz, die Grenzen zu überschreiten, besonders sensibel. Deshalb ist es gerade für das internationale Handelsrecht nötig, international gebräuchliche Anknüpfungen zu wählen. Ein Staatsangehörigkeitsprinzip ist jedoch an vielen Orten unbekannt, also international eher ungebräuchlich.

---

10) Diena, Trattato I (1900), S.100

11) Schon Mancini hatte das Nationalitätsprinzip für Handelsgeschäfte in Zweifel gezogen und sich mit Art.58 it.c.com.1882 zu einer lex loci-Regel bekannt: Mancini, Relazione (1878), zu Art.57 (später Art.58), S. 207: "E la ragion di dubitare sarebbe stata avvalorata dalle tendenze cosmopolite del commercio, le quali accordano minor considerazione alla nazionalità dei contraenti che al dominio dei sistemi consuetudinarii delle piazze in cui si conchiudono i negozii mercantili."

12) Arminjon, Précis com. (1948), S.34

./.

Ein anderes Bedenken gegen eine Staatsangehörigkeitsregel wird vor allem von französischen Juristen vorgetragen, denn sie befürchten, daß sich ein Gewerbetreibender in Frankreich seinen öffentlichrechtlichen Verpflichtungen unter Berufung auf die nicht vorhandene Kaufmannseigenschaft nach seinem Heimatrecht entziehen könne.[13] Angesprochen ist zunächst das Interesse eines Staates an der gleichmäßigen Anwendung seiner zwingenden Normen auf seinem Gebiet.[14] Es ist ein zu berücksichtigender wirtschaftspolitischer Zweck, die den Handel regelnden Vorschriften ungestört auch auf Ausländer anwenden zu können. Angesprochen ist aber auch das Interesse der Chancengleichheit im Rechtsverkehr. So ist gemäß französischem Recht nur der Kaufmann verpflichtet, Bücher zu führen,[15] deren Vorlage der Richter von Amts wegen anordnen kann[16] und deren Nichtvorlage zu Beweiserschwerungen führt.[17] So stünde sich derjenige besser, der bei gleicher Tätigkeit auf Grund seiner Staatsangehörigkeit kein Kaufmann ist, denn er kann nicht an seinen eigenen Büchern festgehalten werden. Dies ist ein Beispiel dafür, wie die Berufung auf das Recht der Staatsangehörigkeit zu einem Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen am gleichen Markt konkurrierenden Kaufleuten führen kann. Eine Kollisionsregel zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft sollte das Interesse an der Chancengleichheit für im Wettbewerb stehende Gewerbetreibende berücksichtigen. Dazu ist eine Staatsangehörigkeitsregel nicht in der Lage.

---

3) Lehmann, J.Cl., Rép.int., v.commerçant (fasc.561) (1979), Nr.6

4) Dazu, daß dieses Interesse eine "Maxime der Anknüpfung" ist, vgl.Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.167

5) Art.8 fr.c.com.

6) Art.15 fr.c.com.

7) Art.17 fr.c.com.

./.

Ohne Zweifel wäre es für den Betroffenen günstig, die Kaufmannseigenschaft immer nur einer Rechtsordnung zu entnehmen. Aus den obenerwähnten Gründen kann jedoch auf die Staatsangehörigkeit nicht zurückgegriffen werden. Doch sind andere personale Anknüpfungen denkbar.

b) Domizil

Neben der Staatsangehörigkeit ist das Domizil ein wichtiges personales Anknüpfungskriterium. Es wird vor allem in den Ländern verwendet, die das Staatsangehörigkeitsprinzip ablehnen. Dabei darf unter Domizil nicht einfach der Wohnort des Betroffenen verstanden werden. Im englischen Recht wird unterschieden zwischen "domicile of origin", das ist der Wohnsitz des Vaters bei der Geburt, und "domicile of choice", also der gewählte Wohnsitz. Letzterer kann jedoch das durch die Geburt erworbene domicile nur in seltenen Fällen verdrängen und zwar dann, wenn angenommen werden kann, daß der Betroffene an seinem neuen Wohnort bleiben möchte und nicht mehr zu dem alten zurückkehren will (animus manendi et non revertendi). Das wird bei einer Verweildauer von 5 - 7 Jahren der Fall sein.[1)]

Von anderen wird der Begriff Domizil in einem davon verschiedenen Sinne gebraucht. Es wird mehr Wert gelegt auf die momentanen Umweltbeziehungen, die Gebietsbezogenheit und weniger Gewicht der abstammungsmäßigen Einbindung zugestanden. Der so bestimmte Domizilbegriff ist dem faktischen Wohnsitz angenähert. Diese Anschauung geht auf Savigny zurück, der einen Domizilbegriff im Sinne der römischen "origo", dem Bürgerrecht einer autonomen Stadt,[2)] ausdrücklich ablehnte.[3)] So verstanden, ähnelt der Do-

---

1) Smith/Keenan, English Law (1975), S.93 f
2) Kegel, IPR (1977), S.200
3) Savigny, System VIII, S.96. Zu Savigny siehe oben S.44 ff

./.

mizilbegriff dem Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts. Den zuletzt beschriebenen Domizilbegriff verwenden Autoren, die, wie vereinzelt vorgeschlagen wurde, die Kaufmannseigenschaft an das Domizil anknüpfen wollen.[4] Es verwundert nicht, daß diese Aussage wieder im Hinblick auf das Konkursrecht getroffen wurde, denn die Möglichkeit, sich einem solchen Verfahren unterziehen zu müssen, ist eine besonders strenge Folge, die deshalb in einigen Ländern auf Kaufleute beschränkt wurde. Hier war der Widerstand von Ausländern gegen eine nach ihrem Heimatrecht nicht vorliegende Kaufmannseigenschaft am stärksten.

Auch Despagnet tritt für die Einheitlichkeit des Konkurses ein und möchte dies erreichen, indem er nur Gerichte am Domizil für zuständig hält, ein Konkursverfahren zu eröffnen.[5] Damit liegt es nahe, auch für die Kaufmannseigenschaft das Recht am Domizil anzuwenden.

Für Meili hingegen überwiegt der Verkehrsschutz. Niemand soll sich dem Konkurs unter Verweisung auf sein nationales Recht entziehen können, wenn die Voraussetzungen eines Konkurses, also die Kaufmannseigenschaft, nach dem Recht am Domizil vorliegt.[6]

Diese beiden unterschiedlichen Stellungnahmen zeigen, daß der Domizilbegriff zwei Elemente in sich birgt, nämlich ein personales und ein territoriales Element. Beide Bezüge kommen in dem Begriff des Domizils nicht uneingeschränkt zum Zuge. Rein territorial wäre das Kriterium des Aufenthalts, rein personal wäre der Begriff der Staatsangehörigkeit.

---

4) Despagnet, Précis de d.i.p. (1909), Nr.423, S.1194; Meili, F., Lehrbuch des int.Konkursrechts (1909), § 25, S.84

5) Despagnet, aaO, S.1195

6) Meili, aaO, S.85

./.

Der Begriff des Domizils im Sinne des gewöhnlichen Aufenthalts scheint in der kollisionsrechtlichen Entwicklung vorzudringen. Im EGBGB hat der "gewöhnliche Aufenthalt" nur eine Ersatzfunktion, wenn das Staatsangehörigkeitsprinzip versagt.[7] Dagegen wird in Staatsverträgen immer mehr der Begriff des "gewöhnlichen Aufenthalts" verwendet.[8] Schon zuvor war das Domizil gerade für das Handelsrecht vorgeschlagen worden. So hatte von Bar seine Untersuchung über das internationale Handelsrecht[9] damit eingeleitet, daß er aus Gründen des Verkehrsschutzes für den Handel zum Prinzip erhob, das Personalstatut durch den Wohnsitz zu bestimmen. In letzter Zeit haben auch Neuhaus und Kropholler in ihrem Entwurf eines Gesetzes für das IPR vorgeschlagen, als Personalstatut das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts zu wählen.[10] Der wichtigste Grund für den Wechsel der Anknüpfung liegt in der Zunahme von Ausländerfällen im Bundesgebiet. Die Bundesrepublik ist heute wie damals die Vereinigten Staaten zu einem Einwanderungsland geworden. Ein Staatsangehörigkeitsprinzip führt relativ häufig zu ausländischem Recht und daraus ergeben sich vor allem praktische Schwierigkeiten. Zum anderen fördert die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt die Integration von Ausländern, weil nicht immer auf deren abstammungsmäßiges Recht geschaut werden muß. Das sind die wichtigsten Erwägungen, die manche dazu verleiten, das Domizil in den Mittelpunkt einer personalen Anknüpfung zu stellen.

---

7) z.B. Art.29 EGBGB

8) vgl. z.B. Art.1 I Haager Übk. von 1956 über den Unterhalt von Kindern; Art.1 Haager Übk von 1961 über den Minderjährigenschutz; beide abgedruckt in: Jayme/Hausmann (1978), Nr.48 und Nr.53.

9) von Bar, IHR (1913), S.227

10) RabelsZ 44 (1980), S.326 (335)

./.

Die Schwäche des Domizilbegriffs ist, daß man nie genau weiß, wo eine Person nun domiziliert ist. Die Anforderungen sind von Staat zu Staat unterschiedlich. Diese Ungewißheit stört das Interesse an Rechtssicherheit und in diesem Punkt ist der Handelsverkehr besonders empfindlich. Das Domizil ist als Anknüpfung für die Kaufmannseigenschaft vor allem auch deshalb wenig geeignet, weil kein Grund ersichtlich ist, das Recht des Wohnsitzes zu verwenden, wenn die Berufstätigkeit an diesem Ort nicht ausgeübt wird.

c) Niederlassung

Aus diesem Grund haben andere Autoren vorgeschlagen, stets auf das reale Domizil des Kaufmanns abzustellen und das ist die Niederlassung.[1) 2)] Danach ist das Personalstatut des Kaufmanns das

---

1) Surville et Arthuys, d.i.p. (1895) Nr.447, S.497 (!); Diena, Trattato I (1900), Nr.14, S.101 (!); Pillet, Principes (1903), Nr.309, S.556 in der Fn; Rolin, Rev.d.i.p. (1906) S.23 (30) und (1907) S.495 (!); Valéry, Manual (1914), Nr.892, S.1251; Niboyet, Conflits (1922) Nr.179, S.295 (bezogen auf das Konkursrecht); ders. Traité IV (1947) Nr.1124, S.96 (bzgl. Konkursrecht); Frankenstein, Grenzrecht II (1929) S.409; Düringer-Hachenburg/Geiler, HGB I (1930), Allg.Einleitung Anm.16, S.39; Ficker, IHR in: RvglHWB (1933) S.462 (!); Cavaglieri, Lezioni (1933), S.271 (!); ders., Dir.int.com. (1936) S.123 (!); Wolff, IPR (1954), S.105; Max-Planck-Institut für IPR, Gutachten Nr. G 56/57 vom 4.6.1957,S.6 (unveröffentlicht); LG Hamburg, IPRspr.1958/59 Nr.22, S.69 (70) = Rev.crit.1958, S.101 (102); Mezger, Anm. zu LG Hamburg, Rev.crit.1958, S.104; Rabel, Conflict I (1958), S.184; HGB Großkommentar/Brüggemann I, Allg.Einleitung Nr.41, S. 24; Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht I (Graz 1976), S.61; Reichert-Facilides, VersR 78, 481 (482 Fn 13); Staudinger/Firsching, vor Art.12 EGBGB (1978) Rdn.219, S.308; Reithmann/Martiny, Int.Vertragsrecht (1980), Rdn.122, S.126; Nagel, IZPR (1980), Ziff.III, Rdn.13, S.47; Hübner, NJW 80, 2601 (2603) (bzgl.AGB-Gesetz), Schlosser, Schiedsgerichtsbarkeit I (1975, Rdn. 335, S.331 und Rdn.363, S.352.

2) Nagel, aaO, Fn 1, möchte die Kaufmannseigenschaft "entsprechend dem ausländischen Recht qualifizieren". Darin liegt eine Entscheidung für eine Sonderanknüpfung im IZPR; offen bleibt, welches ausländische Recht maßgeblich sein soll.

./.

Recht am Ort seiner gewerblichen Niederlassung.[3] Diese Anknüpfung wird auch in den Verträgen von Montevideo (1889 und 1940) und Havanna (1928)[4] gewählt.

(1) Begriffsbestimmung

Bevor die Literaturmeinungen im einzelnen dargestellt werden, ist zunächst zu konkretisieren, was unter dem Begriff Niederlassung zu verstehen ist, und insofern ist ein Blick auf gesetzliche Regelungen nützlich, in denen der Begriff verwendet wird.

Das deutsche Prozeßrecht kennt nach § 21 ZPO einen besonderen Gerichtsstand der Niederlassung; so auch Art.5 Ziff.5 des EuGVÜ.[5] Das HGB verwendet, die Eintragungspflicht ins Handelsregister betreffend, die Ausdrücke "Handelsniederlassung",§ 29 HGB, und "Zweigniederlassung", § 13 HGB.

Der Begriff findet sich aber auch in Art.4 Ziff.2 Satz 2 des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (1980). Es dient an dieser Stelle im Falle fehlender Rechtswahl als Hinweis auf das Schuldstatut, denn es wird vermutet, daß bei einer fehlenden Rechtswahl die "engste Bezie-

---

3) So wörtlich Ficker, RvglHWB (1933), S.462.

4) Nachweise oben S.122 Fn 3 - 5

5) Jayme/Hausmann, Nr.61, S.142

./.

hung", die dann das Vertragsstatut bestimmen soll,[7] zur gewerblichen Niederlassung besteht, von der aus die Leistung zu erbringen ist.[8]

Auch bei typischen handelsrechtlichen Vertragsverhältnissen wird gelegentlich auf die Niederlassung abgestellt. So knüpft die herrschende Meinung den Handelsvertretervertrag an die Niederlassung an.[9] Auch das Einheitliche Kaufgesetz (1973) ist nicht anwendbar, wenn es zwischen den Parteien Gemeinsamkeiten gibt, die auf die gleiche Rechtsordnung weisen. Doch ist insofern eine gemeinsame Staatsangehörigkeit oder ein gemeinsames Domizil irrelevant; primär kommt es darauf an, ob die Parteien ihre Niederlassung jeweils im Gebiet der gleichen Rechtsordnung haben, und sekundär wird auf den gewöhnlichen Aufenthalt abgestellt.[10]

Die Niederlassung, das ist der Ort, an dem die berufliche Tätigkeit effektiv ausgeübt wird, wo sich die betrieblichen Einrichtungen befinden, wo das Personal arbeitet und wohin sich die

---

7) Dieser Grundsatz wird in Art.4 Nr.1 aufgestellt.

8) Art.4 Nr.2 Satz 2 lautet: "Ist jedoch der Vertrag in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Partei abgeschlossen, so wird vermutet, daß er die engste Verbindung zu dem Staat aufweist, in dem sich deren Hauptniederlassung befindet oder in dem, wenn die Leistung nach dem Vertrag von einer anderen als der Hauptniederlassung zu erbringen ist, sich diese andere Niederlassung befindet."

9) Reithmann/Martiny, Int.Vertragsrecht (1980) Rdn 549, S.466 mwNs; aM: Birk, Handelsvertreterrecht (Vortrag 1980), S.20 (Recht des zu bearbeitenden Marktes); HGB-Großkommentar/Brüggemann I (1957), vor § 84 Anm.4.

10) Art.1 I, II EKG, in: Jayme/Hausmann, Nr.24, S.53

./.

Kunden wenden.[11] Der Begriff Niederlassung ist weit anzuwenden und verlangt nur die Erfüllung geringer Voraussetzungen.[12] Erforderlich ist die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit. Dies erfaßt auch landwirtschaftliche Betriebe, denn noch längst nicht jede Niederlassung ist auch eine kaufmännische Niederlassung. Es ist eine gewisse äußere Einrichtung an einem festen Ort nötig; ein Bauchladen wird nicht genügen. Die Einrichtung muß für eine gewisse Dauer angelegt sein. Dies ist z.B. nicht der Fall bei einem Messestand, auch wenn an diesem Ort wichtige Geschäfte abgeschlossen werden mögen. Die Niederlassung eines Wanderzirkus ist sein Winterquartier. Schließlich muß der Geschäftsbetrieb im wesentlichen unabhängig geführt werden. Ein Versicherungsvertreter, der den Außendienst über seine Privatwohnung abwickelt, hat keine eigene Niederlassung. Die Niederlassung darf nicht mit dem Domizil verwechselt werden, denn es kann vorkommen, daß eine Person, während sie in dem einen Land wohnt, ihre Niederlassung in einem anderen Land hat. Die Begriffe sind auch von ihrer Struktur her unterschiedlich. Das Domizil ist Ausdruck einer legalen Beziehung einer Person zu einem Land. Die Anforderungen variieren von Rechtsordnung zu Rechtsordnung. Dagegen ist die Niederlassung eher eine Tatsache, ein Ausdruck für die Existenz eines Geschäftsbetriebes. Die Kriterien entziehen sich weitgehend einer wertenden Betrachtung im Sinne der Veränderlichkeit der Anforderungen.[13] Ein Domizil wird erst im Laufe der Zeit, man kann fast sagen erworben. Dagegen kann die Inhaberschaft einer Niederlassung von einem auf den ande-

---

11) Art.3 des Vertrags von Montevideo 1940 bezieht sich auf den Hauptsitz der Geschäftstätigkeit, vgl. oben S.122 Fn 4

12) Zum Begriff vgl. Baumbach-Duden, HGB (1980), § 13 1)C, S.58

13) Deshalb konnte z.B. im EKG auf eine Definition des Begriffs Niederlassung verzichtet werden.

./.

Tag erlangt werden und auch wieder abgegeben werden. Der Begriff Niederlassung ist eher mit dem des "dauernden Aufenthalts" verwandt, nur daß sich der eine Begriff auf die berufliche Tätigkeit[14] bezieht und der andere auf den privaten Lebensbereich. Bei juristischen Personen korrespondiert der Begriff Niederlassung nicht mit dem Begriff "Sitz der Gesellschaft". Zwar wird sich am Sitz regelmäßig die Hauptniederlassung befinden. Dies schließt jedoch andere Zweigniederlassungen nicht aus. Die Unterscheidung zwischen Zweigniederlassung oder sonstige Außenstelle wird von dem Kriterium abhängen, ob der Betrieb im wesentlichen selbständig geführt wird. Die Niederlassung ist der natürliche Mittelpunkt der kaufmännischen Berufsausübung. Die Kaufmannseigenschaft ergibt sich aus der Tätigkeit im Rahmen dieser Niederlassung. Die Bedingungen für die Kaufmannseigenschaft liegen nicht an allen Orten vor, sondern nur am Ort der Niederlassung. Die Niederlassung ist somit das personale Kriterium, das am ehesten für die Anknüpfung dieser Eigenschaft geeignet ist.

(2) Literaturmeinungen

Eine Anknüpfung an die Niederlassung beruht aber nicht nur auf einer personalen Ausgangsbasis. Es ist oben schon auf die Gebietsbezogenheit des Kriteriums hingewiesen worden.[15] Die Geschäfte werden vorwiegend auf diesem Gebiet ausgeführt, sie sind dort lokalisiert. Die Niederlassung vereinigt somit gleichermaßen personale wie territoriale Elemente. Es gibt folglich meh-

---

4) Rabel, Conflict I (1958) S.184 verwendet den Ausdruck "commercial domicil".

5) s.o. S.143 ff

./.

rere unterschiedliche Ausgangspunkte, die zum Recht der Niederlassung führen können.

Schon Surville und Arthuys sind für eine Anknüpfung an die Niederlassung eingetreten. Sie verwenden zwar nicht diesen Begriff ausdrücklich, umschreiben ihn aber, indem sie die Worte benutzen, daß das Recht des Ortes maßgeblich sei, an dem der Handel ausgeübt werde.[16] Die Tätigkeit an diesem Ort führe dazu, daß die Kaufmannseigenschaft praktisch "erworben" werde (être acquise).[17] Diese französischen Autoren stellen sich somit vor, daß die Kaufmannseigenschaft eine Qualität beinhaltet, die durch die eigene Tätigkeit erdient werde und ein solchermaßen erworbenes Recht müsse in anderen Ländern anerkannt werden.

Noch deutlicher sprach Pillet den dahintersteckenden Gedanken aus. Für ihn ist die Kaufmannseigenschaft eine Qualität, die als ein international erworbenes Recht (droit internationalement acquise)[18] anzuerkennen sei. Konsequenterweise reicht es nach der Ansicht von Pillet aus, daß die Kaufmannseigenschaft in dem einen oder anderen Land erworben wurde. Dies ergibt sich aus einer Äußerung Pillets zur Anknüpfungsfrage im Hinblick auf das französische Konkursrecht. Sofern der Betroffene in dem Land, in dem der Konkurs eröffnet werde, eine Niederlassung habe, sei zunächst dieses Recht maßgeblich. Hilfsweise will es aber Pillet ausreichen lassen, wenn die Kaufmannseigenschaft nach dem Recht am Ort der Berufsausübung erworben wurde.[19] Pillets Lehre von

---

16) Surville et Arthuys, d.i.p. (1895), Nr.447, S.497
17) Surville et Arthuys, a.gl.O.
18) Pillet, Principes (1903), Nr.309, S.556 Fn 1
19) Pillet, a.gl.O.

./.

den "droit acquis" wurde schon oben vorgestellt.[20] Sie paßt nicht in die Konzeption des heutigen Kollisionsrechts. Schon Savigny hatte den entscheidenden Einwand zutreffend formuliert. Er sprach von einem Zirkelschluß, denn nach dieser Lehre könne die Güte eines Rechts erst beurteilt werden, wenn das anwendbare Recht feststehe.[21] Neuhaus hat dem noch weitere Bedenken hinzugefügt.[22] Die Lehre von den wohlerworbenen Rechten liefe auf ein "System einseitiger Kollisionsnormen hinaus", denn anwendbar wäre jede Rechtsordnung, die sich selber für zuständig erklärte. Der Richter hätte die schwierige Aufgabe, alle Rechtsordnungen, die in Betracht kommen, daraufhin zu untersuchen, ob für die Person ein subjektives Recht geschaffen wurde.[23]

Für die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft ergäben sich besondere Schwierigkeiten, da es sehr oft vorkommt, daß eine Handelstätigkeit in verschiedenen Ländern gleichzeitig oder nacheinander ausgeführt wird. All diese Beziehungen wären zu untersuchen. Im übrigen unterscheidet sich die Kaufmannseigenschaft von anderen subjektiven Rechten, wie z.B. die der Geschäftsfähigkeit, für die Art.7 II EGBGB eine "droit acquis"-vergleichbare Regelung enthält, denn die Kaufmannseigenschaft wird mit der Beendigung der Berufstätigkeit abgelegt. Es ist folglich stets auf die aktuelle Tätigkeit abzustellen, eine früher erworbene Kaufmannseigenschaft ist irrelevant. Diese Aufgabe kann mit einer allseitigen Kollisionsregel, die das Ideal der internationalen Entscheidungsharmonie fördert, besser erreicht werden.

) s.o. S.78 f

) Savigny, System 8 (1849),S.132

) Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.171 f

) Neuhaus, aaO, S.171

./.

Ein anderer Teil der älteren Literatur stellte sich die Frage, welcher Gesetzgeber kompetent sei, die Kaufmannseigenschaft festzulegen. Bei diesem Ausgangspunkt hat das Kollisionsrecht die Aufgabe, Souveränitätskonflikte zu lösen.[24)]

So hebt Diena[25)] die Relevanz der Kaufmannseigenschaft für die Berufsausübung hervor. Berufsausübungsregelungen könnten nur von dem Gesetzgeber des Landes erlassen werden, in dem der Handel ausgeübt werde.[26)] Nur diesem Gesetzgeber sei es möglich, Bedürfnisse des örtlichen Handels zu berücksichtigen, und nur er sei in der Lage, strafrechtliche Sanktionen durchzusetzen. Aus diesem Grunde sei die Kaufmannseigenschaft nach dem Gesetz des Ortes zu bestimmen, an dem der Beruf ausgeübt werde.[27)]

Für Diena dominiert das Interesse des Staates an der Einhaltung seiner internen Ordnung. Es sind dies Gesichtspunkte des Verkehrsschutzes, denn die Berufsausübungsregelungen sollen den korrekten Ablauf des Gewerbes gewährleisten. Dadurch werden die Vertragspartner des Kaufmanns vor unseriösen Geschäften geschützt.

Eine lex loci actus-Regel wird als zu rigoros abgelehnt, weil der Gewerbetreibende nicht an allen Orten, an denen er gelegentlich ein Geschäft tätigt, den jeweiligen öffentlichrechtlichen Verpflichtungen genügen könne.[28)] Diena läßt es aber nicht dabei bewenden, daß die Kaufmannseigenschaft nur hin-

---

24) Vgl. oben S.42 f

25) Eine ausführliche Darstellung der für Diena maßgeblichen Anknüpfungsgesichtspunkte findet sich oben auf S.69 ff

26) Diena, Trattato I (1900), S.100

27) Diena, aaO, S.101

28) Diena, aaO, S.100 iVm S.64

./.

sichtlich dieser öffentlichrechtlichen Verpflichtungen nach dem Recht der Niederlassung anzuknüpfen sei. Er wendet sich gegen Auffassungen, die die Kaufmannseigenschaft jeweils unselbständig, d.h. nach dem Wirkungsstatut bestimmen wollen, weil es, so sagt Diena, "natürlich" ein einheitliches Recht gebe, das kompetent sei, diese Frage zu regeln, und zwar im Hinblick auf alle juristischen Konsequenzen, die sich daraus ableiten.[29)] Für Diena erscheint es unvertretbar zu sein, die Kaufmannseigenschaft wechselnd festzulegen. Vermutlich steht dahinter die Idee, auf das Interesse des Kaufmanns an einer einheitlichen Festlegung Rücksicht zu nehmen. Ein solcher Parteischutz wird jedoch nicht ausdrücklich angesprochen.

Das dreibändige Werk Dienas war wegbereitend für das internationale Handelsrecht. So wundert es nicht, daß seine Gedanken zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft von anderen Autoren übernommen wurden. Auch Rolin fragt danach, welches Land wohl das größte Interesse an der Festlegung der Kaufmannseigenschaft haben könne.[30)] Es sei das Land, in dem sich die Niederlassung befinde, denn an diesem Ort müßten die Bücher geführt werden, und nach diesem lokalen Recht bestimme sich die Registrierpflicht.[31)] Die in dieser Meinung zum Ausdruck kommende Auffassung vom Kollisionsrecht kann heute nicht mehr zu einer Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft herangezogen werden. Wer zu sehr auf die Staatsinteressen abstellt, übersieht, daß das Kollisionsrecht primär die Aufgabe hat, den Interessen der Privaten gerecht zu werden. Folglich wird nicht danach gefragt, welche Interessen der zu

---

9) Diena, aaO, S.100

0) Rolin, Rev.d.i.p. (1906), S.28

1) Rolin, aaO, S.28

./.

beurteilende Gewerbetreibende an der Anknüpfungsfrage hat oder welche Interessen seines Vertragspartners berührt werden. Es wird auch nicht darauf eingegangen, ob es zu Unstimmigkeiten in der eigenen Rechtsordnung kommen kann, wenn fremde Begriffe eingefügt werden. Offen bleibt das Problem, wie zu verfahren ist, wenn das Recht am Ort der Niederlassung keinen Kaufmannsbegriff kennt.

Der kollisionsrechtliche Ausgangspunkt, Rücksicht auf die Interessen des Staates zu nehmen, verleitet allzu leicht dazu, Ausnahmen von dem Grundsatz der Anknüpfung an die Niederlassung zu machen. Schon erwähnt wurde, daß Diena bei einem starken territorialen Bezug, wie ihn z.B. ein Geschäft über ein Grundstück darstelle, abweichend von der Niederlassung die lex rei sitae auch für die Kaufmannseigenschaft anwenden will.[32] Weitere Ausnahmen hat auch Rolin vorgesehen, denn soweit z.B. die Kaufmannseigenschaft für die Zuständigkeit oder das Verfahren von Bedeutung sei, müsse sie nach der lex fori bestimmt werden.[33] Es läge in der Natur dieser prozeßrechtlichen Vorschriften, daß der Gesetzgeber sich immer auf seine eigenen Normen beziehe.[34]

Für die Zeit nach Diena findet sich eine andere Ausgangsbasis, die zur Anknüpfung an die Niederlassung führte. Der Gedanke, auf die persönlichen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen, setzte sich immer mehr durch. Dies führte zu Übersteigerungen, die an Hand der Auffassung von Weiss dargestellt wurden.[35] Ohne dem

---

32) Vgl. oben S.72

33) Rolin, aaO (1907), S.495

34) Rolin, aaO (1907), S.496

35) Vgl. oben S.81 ff

./.

Staatsangehörigkeitsprinzip folgen zu wollen, sieht dennoch ein großer Teil der Literatur in der Kaufmannseigenschaft einer Person eine Frage des Persönlichkeitsrechts. Deshalb sei für die Anknüpfungsfrage das Personalstatut maßgeblich. Nur werde im Handelsverkehr das Personalstatut weder durch die Staatsangehörigkeit, noch durch das Domizil, sondern allein durch die Niederlassung bestimmt, die als das reale Domizil des Kaufmanns bezeichnet wird.[36)]

Sehr früh hatte sich schon Valéry in diesem Sinne ausgesprochen. Für ihn stellt sich die Frage, wie die Kaufmannseigenschaft von Handelsgesellschaften - Valéry verwendet noch den alten Ausdruck "Handelshaus" (maison de commerce)[37)] - beurteilt werden könne. Wohl in der Absicht, eine juristische Grundlage dafür zu schaffen, daß eine solche Gesellschaft Träger von persönlichen Rechten sein könne, sprach sich Valéry dafür aus, daß auch eine Gesellschaft eine eigene Nationalität habe.[38)] Dies begründet Valéry damit, daß zwar die Gesellschafter und damit die Staatsangehörigkeit der Inhaber wechseln könne, daß sich dadurch aber offensichtlich nicht der Charakter der Gesellschaft selber verändere. Allerdings werde die Nationalität der Gesellschaft nicht durch die Staatsangehörigkeit bestimmt, sondern durch den Sitz der kaufmännischen Niederlassung.[39)]

Über diese Grundlage findet Valéry dann auch zu dem Recht der Niederlassung, wenn es um die Kaufmannseigenschaft einer Handelsgesellschaft geht.[40)]

---

36) Ficker, IHR, in: RvglHWB (1933), S.459
37) Valéry, Manuale (1915), Nr.191, S.1248
38) Valéry, a.gl.O.
39) Valéry, a.gl.O.
40) Valéry, aaO, S.1251

./.

Mit knappen Überlegungen spricht sich auch Geiler für die Niederlassung als Anknüpfungskriterium aus.[41] Er sieht eine Parallele zwischen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit und der Kaufmannseigenschaft. In beiden Fällen handle es sich um ein Stück Persönlichkeitsrecht, über das, soweit es die Kaufmannseigenschaft betrifft, nicht die Staatsangehörigkeit, sondern die Niederlassung entscheide.

Eingehender beschäftigt sich Cavaglieri[42] mit der gestellten Frage. Seine Aussagen sind auf dem Hintergrund des alten italienischen Handelsgesetzbuches von 1882 getroffen worden. Sie sind auch heute noch für deutsches Recht aktuell, da die Kaufmannseigenschaft nach altem italienischen Recht dem deutschen Recht vergleichbar war, und weil Cavaglieri die Anknüpfungsfrage auch mit Blick auf ausländische Definitionen behandelte. Cavaglieri sieht in der Kaufmannseigenschaft einen speziellen juristischen Status.[43] Die Eigenschaft, Kaufmann zu sein, habe besonderes Gewicht und beinhalte ein Element der Permanenz.[44] Dieser juristische Status sei grundlegend für eine ganze Reihe von Rechten und Pflichten. Er begründe ein gewisses Vertrauen.[45] Folglich geht es Cavaglieri darum, eine Regel zu finden, die dieses Vertrauen schützt. Er spricht sich für die Einheitlichkeit der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft aus und gelangt zur Maßgeblichkeit des Gesetzes, in dessen Land der Handel gewöhnlich ausgeübt wird.[46]

---

41) Düringer-Hachenburg/Geiler, HGB I (1930), S.39
42) Cavaglieri, Dir.int.com. (1936), S.114 ff.
43) Cavaglieri, aaO, S.114
44) Cavaglieri, aaO, S.115
45) Cavaglieri, aaO, S.115
46) Cavaglieri, aaO, S.123

./.

Auch für Ficker[47] ist die einheitliche Beurteilung der Kaufmannseigenschaft ein wichtiges kollisionsrechtliches Ziel. Eine nach Vertragsstatut wechselnde Kaufmannseigenschaft sei Anlaß zu vielen Unzuträglichkeiten, die Ficker aber leider nicht konkretisiert.[48] Ficker bewertet die Kaufmannseigenschaft als ein den Persönlichkeitsrechten nahestehendes Recht[49] und bezeichnet als Personalstatut des Kaufmanns das Recht am Ort der Niederlassung.[50] Dieser Ort sei der natürliche Mittelpunkt für die Beurteilung dieser Eigenschaft, da an diesem Ort die Grundpflichten des Kaufmanns zu erfüllen seien.[51] Aus diesen Gründen spricht sich Ficker ausdrücklich für die Konsequenz aus, daß die Kaufmannseigenschaft nach einem anderen Recht bestimmt werden kann, als dem Recht, dem das Schuldverhältnis untersteht.[52] Er tritt damit für eine Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft ein.

Die Literatur nach dem 2.Weltkrieg hat sich häufig überhaupt nicht oder nur sehr knapp zu der Anknüpfungsfrage geäußert. Deshalb kann im folgenden die Meinung von verschiedenen Autoren, die sich für die Niederlassung ausgesprochen haben, nur sehr skizziert vorgestellt werden.

Wolff unterscheidet zwischen dem Geburtsstand und dem Berufsstand. Während sich das Personalstatut des Geburtsstandes nach dem Heimatrecht bestimme, sei für den Berufsstand das Recht am

---

47) Ficker, IHR, in: RvglHWB (1933), S.459
48) Ficker, aaO, S.462
49) Ficker, aaO, S.462
50) Ficker, aaO, S.460
51) Ficker, aaO, S.462
52) Ficker, aaO, S.461

./.

Mittelpunkt der Berufsausübung maßgebend.[53] Wolff ordnet die Kaufmannseigenschaft dem Berufsstand zu und kommt so zur Anwendung des Rechts am Ort der gewerblichen Niederlassung für diese Eigenschaft,[54] wobei er ihre Relevanz für die Anwendung von Handelsrecht erkennt.

Auch Rabel spricht von einem "Status" der Kaufmannseigenschaft und von der "Klasse" der Kaufleute.[55] Die Festlegung dieses Status sei ein Problem des Personalstatuts, das aber durch das kaufmännische Domizil, also die Niederlassung bestimmt werde.[56]

Brüggemann[57] hält den Ort der Niederlassung für entscheidend. Das ergäbe sich, so Brüggemann in einer knappen Begründung, für das deutsche Recht unmittelbar aus dem HGB, das nicht unterscheidet, ob derjenige, der im Inland ein Handelsgewerbe betreibe, In- oder Ausländer sei. Diese Argumentation ist allerdings wenig geeignet, eine Sonderanknüpfung für die Niederlassung zu begründen. Auch das BGB unterscheidet bezüglich der Geschäftsfähigkeit nicht, ob ein Ausländer oder Einheimischer im Inland handelt. Dennoch kennt das EGBGB die Regelung des Art.7. Die Argumentation vermag auch nicht zu greifen, wenn es um die Beurteilung eines Ausländers geht, der im Inland keine Niederlassung hat. Hinter der Ansicht von Brüggemann steht lediglich der Ge-

---

53) Wolff, IPR (1954), S.113

54) Wolff, aaO, S.113 und S.105

55) Rabel, Conflict I (1958), S.184

56) Rabel, aaO, S.185. Der Hinweis, das Comité français de droit international privé habe sich in diesem Sinne ausgesprochen, übersieht, daß sich das Comité nur mit der Frage der Handelsmündigkeit beschäftigt hat, vgl. oben S.107 Fn 9. Korrekt ist diesbezüglich der Hinweis auf S. 183 Fn 5)

57) HGB-Großkommentar/Brüggemann (1967), Allg.Einl. Rdn.41, S.24

./.

danke, daß alle Gewerbetreibenden im Inland, ohne Rücksicht auf ihre Herkunft, gleich beurteilt werden müßten. Dieses Ziel vermag allerdings die Anknüpfung an die Niederlassung abzusichern. Ohne eine eigene Begründung zu geben, haben sich schließlich Hämmerle/Wünsch,[58] Firsching,[59] Reichert-Facilides[60] und Martiny[61] für eine Anknüpfung an die Niederlassung ausgesprochen.

Mißverständlich sind die Ausführungen von Beitzke.[62] Beitzke grenzt die Kaufmannseigenschaft von der allgemeinen Geschäftsfähigkeit ab und sagt: "Fordert z.B. eine Rechtsordnung zur Gültigkeit eines Geschäfts (die) Kaufmannseigenschaft einer Partei, so muß die Kaufmannseigenschaft nach dem Wirkungsstatut des Geschäfts vorliegen, das freilich seinerseits dafür auf das Heimatrecht dieser Partei verweisen kann, aber eher auf das Recht der kaufmännischen Niederlassung Bezug nehmen wird."[63] Der erste Teil dieser Ausführungen könnte als eine Entscheidung für eine unselbständige Bestimmung der Kaufmannseigenschaft nach der lex causae verstanden werden. Allerdings hält Beitzke eine Sonderanknüpfung für möglich, darauf deutet der zweite Teil. Daß Beitzke das Heimatrecht für eine Sonderanknüpfung in Betracht zieht, erstaunt, da zu diesem Zeitpunkt schon so viele ernsthafte Entgegnungen der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit

---

) Hämmerle/Wünsch, HGB (Graz 1976), S.61. Allenfalls aus der Plazierung seiner Äußerungen in einem Abschnitt über das Personalstatut ließe sich folgern, daß für die Autoren der personenrechtliche Bezug ausschlaggebend ist.

) Staudinger/Firsching, vor Art.12 EGBGB (1978), Anm.219, S.308

) Reichert-Facilides, VersR (1978), S.481 (482) Fn.13, unter Berufung auf Firsching, aaO (Fn 59).

) Reithmann/Martiny, Int.Vertragsrecht (1980), Rdn.122, S.126

) Staudinger/Beitzke, Art.7 EGBGB (1970) Rdn.23, S.64

) Beitzke, a.gl.O.

./.

gegenübergestellt wurden. Insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.[64] Zwar hält Beitzke auch eine Anknüpfung an die Niederlassung für denkbar, er entscheidet aber nicht, welchen Inhalt das deutsche Kollisionsrecht hat. Die Frage bleibt letztlich offen.

Diese verschiedenen Lehrmeinungen, die an die Niederlassung anknüpfen, sehen also in der Kaufmannseigenschaft ein besonderes Persönlichkeitsrecht, das sie mit einer einheitlichen Anknüpfung an die Niederlassung gewährleisten wollen. Sie nehmen damit Rücksicht auf den Gewerbetreibenden. Nicht untersucht wird aber die Frage, welche Nachteile dem Vertragspartner des Kaufmanns zugemutet werden, der häufig in die mißliche Situation gerät, den potentiellen Kaufmann nach dem Recht seiner im Ausland gelegenen Niederlassung zu beurteilen. Oft wird auch nicht danach differenziert, in welchem Zusammenhang sich die Frage der Kaufmannseigenschaft stellt.

Deshalb scheint eine ausführliche Untersuchung notwendig zu sein, die die Interessen des Kaufmanns und des Vertragspartners gegenüberstellt, die auch auf andere vom IPR zu berücksichtigende Interessen eingeht.

Von den beiden Ausgangspunkten, die zu einer Anknüpfung an die Niederlassung führen können, scheint das territoriale Element, also die Frage nach dem Staatsinteresse, immer mehr zurückzutreten zugunsten des personalen Elements, also der Rücksichtnahme auf den zu beurteilenden Gewerbetreibenden. Es ist jedoch interessant, daß sich beide Elemente in dem Kriterium der Niederlassung verbinden lassen. Auch dies spricht dafür, jedenfalls dann, wenn eine Sonderanknüpfung der Teilfrage geboten sein sollte, als Anknüpfungskriterium die Niederlassung zu wählen.

---

64) s.o. S.153 ff

./.

d) Zweigniederlassung

Ein zusätzliches Problem ergibt sich, wenn ein Gewerbetreibender mehrere Niederlassungen hat. Häufig wird man zwischen Haupt- und Zweigniederlassungen unterscheiden können, wobei sich die Hauptniederlassung am Sitz der Hauptverwaltung befinden wird. Liegt die Hauptverwaltung im Inland und ist mit dieser Hauptverwaltung ein Vertrag geschlossen worden, ergeben sich keine besonderen Anknüpfungsprobleme, da alle denkbaren Anknüpfungsgesichtspunkte auf inländisches Recht weisen. Auch bei anderen Konstellationen werden sich häufig keine besonderen Schwierigkeiten ergeben, da ein Gewerbetreibender, der Inhaber mehrerer Niederlassungen ist, in der Regel von allen in Betracht kommenden Rechtsordnungen als Kaufmann beurteilt werden wird.

Es kann jedoch sein, daß ein und derselbe Gewerbetreibende mehrere Niederlassungen in verschiedenen Rechtsgebieten besitzt und diese Tätigkeiten jeweils unterschiedlich eingestuft werden.

Unterstellen wir zunächst den Fall, daß sich die Hauptniederlassung etwa eines Steinbruchunternehmers in Frankreich befindet und dieser Unternehmer zugleich eine Zweigniederlassung in Deutschland unterhält. Nach französischem Recht wird die Tätigkeit als nichtkaufmännisch angesehen, da sie der Urproduktion zuzurechnen ist.[1] Eine andere Beurteilung ergibt sich nach deutschem Recht, jedenfalls wenn die Voraussetzungen des § 2 HGB erfüllt sind.[2] Somit stellt sich im Hinblick auf die

---

1) Jauffret, Dalloz, Rép.com., v. a.d.c. (1972), Nr.90 ff (Nr.92)

2) Gem. § 13 b I HGB ist auch eine Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens verpflichtet, gegebenenfalls seine Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen.

./.

von der in Deutschland gelegenen Zweigniederlassung aus geführten Geschäfte die Frage, ob für die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft an die Hauptniederlassung oder an die Zweigniederlassung anzuknüpfen ist.

Für den Fall, daß mehrere Niederlassungen bestehen, haben sich Frankenstein[3] und Geiler[4] dafür ausgesprochen, allein auf die Hauptniederlassung abzustellen. Dies wird nicht gesondert begründet. Ihre Aussage beruht aber wohl darauf, daß diese Autoren die Kaufmannseigenschaft als ein Persönlichkeitsrecht ansehen, das im Grunde nur einheitlich beurteilt werden kann. Eine Anknüpfung an die Zweigniederlassung könnte, überspitzt ausgedrückt, in diesem Sinne zu einer Spaltung des Persönlichkeitsrechts führen.

Dagegen ist Diena davon ausgegangen, daß eine Kaufmannseigenschaft nach dem Recht am Ort der Zweigniederlassung genügt.[5] Diese Aussage ist die Konsequenz daraus, daß Diena besonderes Gewicht auf die Einhaltung der öffentlichen Ordnung legt.[6] Danach muß jede berufliche Tätigkeit im nennenswerten Umfang den Anforderungen des örtlichen Rechts genügen. Dem ist Cavaglieri gefolgt,[7] der gleichfalls Gewicht auf die öffentliche Ordnung legt und den territorialen Bezug betont. Brüggemann[8] schließt sich dem an und verweist zu Recht darauf, daß auch eine Zweig-

---

3) Grenzrecht II (1929), S.409, insb.Fn 29
4) in: Düringer-Hachenburg, HGB I (1930), S.39
5) Diena, Trattato I (1900), S.101
6) Vgl. oben S.71
7) Cavaglieri, Lezioni (1933), S.272; ders., Dir.int.com.(1936), S.124
8) in: HGB Großkommentar I (1967), Allg.Einl. Rdn.41, S.24

./.

niederlassung eines ausländischen Unternehmens im Inland gemäß § 13 b I HGB eintragungspflichtig ist.[9] Nach der Eintragung ist die Zweigniederlassung wie eine inländische Hauptniederlassung zu behandeln.[10]

Das muß sich, so meine ich, auch auf die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft auswirken, zumal der inländische Verkehr die ausländische Inhaberschaft oft nicht erkennen kann. Auch nach Art.5 Ziff.5 des EuGVÜ (1968)[11] reicht es für die Begründung eines besonderen Gerichtsstandes aus, daß der Beklagte lediglich eine Zweigniederlassung an dem entsprechenden Ort hat. Damit kommt zum Ausdruck, daß auch eine Zweigniederlassung als eine vollwertige Niederlassung angesehen wird. Die Kaufmannseigenschaft ist weniger ein Persönlichkeitsrecht, sondern eine berufsbezogene Qualifikation. Dem Kaufmann, der im Ausland eine Niederlassung unterhält, ist es zumutbar, sich ganz auf die örtlichen Gegebenheiten einzustellen. Auch bezüglich der Kaufmannseigenschaft muß der Ausländer, der im Inland alle Erfordernisse erfüllt, als Kaufmann angesehen werden. Demnach genügt eine Kaufmannseigenschaft nach dem Recht am Ort der Zweigniederlassung.

Es stellt sich die weitere Frage, ob es für die Annahme einer Kaufmannseigenschaft ausreicht, wenn zwar die Zweigniederlassung nicht als kaufmännisch zu beurteilen ist, allerdings die Hauptniederlassung als Kaufmann anzusehen ist. Der Fall kann eintreten, wenn obiger Steinbruchunternehmer seine Hauptniederlassung in Deutschland hat, wo er gemäß § 2 HGB eingetragen ist, und eine

---

9) Vgl. Baumbach-Duden, HGB (1980), § 13 b Anm.A, S.65

0) Baumbach-Duden, HGB (1980), § 13 b Anm.d, S.66

1) in: Jayme/Hausmann, Nr.61, S.144

./.

Zweigniederlassung in Frankreich unterhält, die nach französischem Recht nicht kaufmännisch ist.

Hat ein Kaufmann mehrere Niederlassungen, so ist m.E. bezüglich der Kaufmannseigenschaft auf die Niederlassung abzustellen, die dem Rechtsverhältnis am nächsten steht. Das wird in der Regel die Niederlassung sein, die Vertragspartner im Handelsverkehr ist.[12] Eine Zweigniederlassung hat gerade den Sinn, sich besser auf einen Markt einstellen zu können. Sie bewegt sich im Rechtsverkehr so unabhängig und eigenständig, daß es nicht geboten scheint, auf Wertungen am Ort der Hauptniederlassung zurückzugreifen. Somit reicht es für den Vertrag zwischen einer Zweigniederlassung und einem Dritten nicht aus, daß eine Kaufmannseigenschaft lediglich nach dem Recht am Ort der Hauptniederlassung vorliegt. Sollte, wie im Fortgang der Untersuchung zu klären sein wird, eine Sonderanknüpfung geboten sein, so ist, sofern ein Gewerbetreibender mehrere Niederlassungen besitzt, die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft stets und ausschließlich nach dem Recht am Ort der sachnächsten Niederlassung vorzunehmen, und das wird in der Regel die Niederlassung sein, von der aus der Vertrag geschlossen wurde.

---

12) Auch bei der Frage des maßgeblichen Vertragsstatuts kann es vorkommen, daß auf die sachnächste (Zweig-) Niederlassung und nicht auf die Hauptniederlassung abzustellen ist. Im Falle fehlender Rechtswahl ist gem. Art.4 Nr.1 des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (1980) die "engste Verbindung" zu dem einen oder anderen Recht maßgeblich. Dies wird bei Gewerbetreibenden in der Regel die Hauptniederlassung sein, Art.4 Ziff.2 Satz 1 des Übk. Ist die Leistung jedoch am Ort der Zweigniederlassung zu erbringen, besteht nach Wertung des Übk. zu dieser Niederlassung die engste Beziehung, Art. 4 Ziff.2 Satz 2, vgl. Text oben S.165 Fn 8). Diese Regelung ist ein Hinweis darauf, daß eine Zweigniederlassung im Verkehr als so eigenständig angesehen wird, daß auch die Kaufmannseigenschaft, sollte einer selbständigen Bestimmung der Vorzug zu geben sein, an die Zweigniederlassung angeknüpft werden sollte.

./.

3. Unselbständige Anknüpfung

Gemeinsames Merkmal der unter 1. und 2. vorgestellten Lösungen ist, daß sie zu einer Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft führen. Dagegen treten andere Vorschläge für eine unselbständige Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft ein, also für eine Beurteilung nach dem jeweiligen Wirkungsstatut.[1] Diese Lösung soll als "lex causae-Regel" bezeichnet werden, obwohl es sich garnicht um eine "Regel" zur Anknüpfung handelt, sondern lediglich um eine Entscheidung, keine Regel für eine Sonderanknüpfung aufzustellen. Neugierig macht der Umstand, daß diese lex causae-Regel die heute eindeutig herrschende Meinung in der französischen Literatur darstellt.

Bevor nun im einzelnen auf die Gründe eingegangen wird, die für die Maßgeblichkeit der jeweiligen lex causae vorgetragen wurden, ist es für das bessere Verständnis der französischen Literatur erforderlich, noch einmal auf den Hintergrund einzugehen, von dem die französische Literatur ausgeht.

---

1) von Bar, Lehrbuch (1892), § 35, Nr.1, S.127; ders., Theorie II (1889), S.130 (!); ders., IHR (1913), S.330 (!); Donnedieu de Vabres, Rép. Niboyet-Lapradell III (1929), v. commerçant, Rdn.54 (!); Melchior, Grundlagen (1932), S.152; Nußbaum, Dt.IPR (1932), S.211; Hartenstein, in: RvglHWB (1933), v.Kaufmann, S.726; Schnitzer, Handbuch IHR (1938), S.36 ff (!); ders., Handbuch IPR I (1957), S.284; Riezler, IZPR (1959), S.118 (bzgl.Prozeßrecht); Hamel/Lagarde, Traité I (1954), Nr.345, S.415 f (!); Loussouarn/Bredin, Dalloz, Rép.int. I, v.commerçant (1968), Nr.11, S. 341 (!); Staudinger/Beitzke, Art.7 EGBGB (1970), Rdn.23, S.64; Kropholler AWD 70, 497 (bzgl. §§ 29 II, 38 I ZPO); Jadaut/Plaisant, Droit de com. int. (1976), S.13; Schlechtriem, Festschrift Duden (1977), S.580 (bzgl. AGB-Gesetz) (!); Jayme, ZHR 142 (1978), S.116, Fn 57a (bzgl.AGB-Gesetz und Abzahlungsgesetz); Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz (1978), S.515, § 24, Rdn.15, S.630; Lehmann, J.Cl., Rép.int., v. commerçants (fasc.561) (1979) Rdn.9 (!); Wengler, Int.Privatrecht (1981), Bd.I, S.292 und Bd. II, S.856 Fn 48); Birk, ZVglRWiss 79 (1980), 281 Fn 50 (bzgl.AGB-G).

./.

Oben wurde die objektive Konzeption des französischen Anwendungssystems vorgestellt und die geschichtlichen Gründe, die dafür ausschlaggebend waren.[2] Die Franzosen wollten Anfang des 19.Jahrhunderts mit Bedacht verhindern, daß sich das Sonderrecht für den Handel zu einem Standesrecht für den Handelsstand entwickelte. Deshalb vermieden sie, den Kaufmann als subjektives Abgrenzungskriterium einzusetzen. Die Frage aber, ob objektiv ein a.d.c. vorliegt, ist nach der lex causae-Regel zu beantworten, denn wenn eine Rechtsordnung Sonderrecht einrichtet, obliegt es auch dieser Rechtsordnung, die Abgrenzung zum bürgerlichen Recht vorzunehmen. So ist auch im deutschen Recht, wie oben dargelegt wurde,[3] für die Beurteilung der Frage, ob ein "Handelsgeschäft" im Sinne des deutschen Rechts vorliegt, bei deutschem Vertragsstatut § 343 HGB maßgeblich. Während jedoch § 343 HGB schon in seinem Tatbestand den Begriff Kaufmann verwendet, so ist das für den französischen Begriff a.d.c. par nature nicht der Fall. Erst durch die als ergänzend empfundene Theorie vom a.d.c.par accessoire[4] wurde die Kaufmannseigenschaft in die Gesamtkonzeption eingebracht. Dies führt im Ergebnis dazu, daß sich die Struktur des französischen Anwendungssystems entscheidend wandelte und sich nach der heutigen Rechtslage kaum von der Konzeption des HGB unterscheidet. Im französischen Recht ist allerdings das entscheidende Kriterium der Kaufmannseigenschaft in der Theorie vom a.d.c. par accessoire etwas versteckter untergebracht als im deutschen Recht. Deshalb ist der allmähliche Wandel zu einem

---

2) vgl. oben S.13

3) vgl. oben S.110 f

4) vgl. oben S.19 f

./.

subjektiven System nicht mit aller Deutlichkeit begriffen worden.[5] Wer aber noch die objektive Konzeption vor Augen hat, wird weniger sonderanknüpfungsgeneigt sein, weil die Kaufmannseigenschaft eher als ein sachliches Abgrenzungsmerkmal verstanden wird.

Schon sehr früh, nämlich 1892 und noch auf der Grundlage des ADHGB (1861),[6] hat sich von Bar im Sinne einer lex causae-Regel ausgesprochen.[7] Er unterscheidet zutreffend die Frage, ob eine Rechtsangelegenheit als Handelssache anzusehen ist, und ob eine der Voraussetzungen dafür, nämlich die Kaufmannseigenschaft, vorliegt. Ob von einem Handelsgeschäft auszugehen sei, dafür sei die "lex loci obligationis" maßgeblich. Da nach dem heutigen Stand des

---

5) Auch die deutsche Literatur zum französischen Recht sieht die Sache nicht genau genug. Ferid, Französisches Zivilrecht I (1971), Ziff. 1 E 18, S.248, meint, die in Art.632, 633 c.com. aufgezählten a.d.c. par nature seien Handelsgeschäfte, "gleich, von wem sie abgeschlossen werden". Das ist m.E. in dieser Allgemeinheit nicht richtig. So ist z.B. nach Art.632 I c.com. "jeder Kauf von Waren um sie wieder zu verkaufen" ("Tout achat de biens meubles pour les revendre ...") ein a.d.c. Doch wenn eine Privatperson z.B. günstig ein Motorrad kauft, um es mit Gewinn weiterzuverkaufen, so kann dieser Vertrag nicht als Handelsgeschäft bezeichnet werden, denn die französische Rechtsprechung wird kaum einen "isolierten" Akt als a.d.c. beurteilen. Vgl. dazu Jauffret, Dalloz, Rép. com., v. a.d.c., Nr.50. Auch werden Geschäfte, die als Anhängsel einer nichtkaufmännischen Berufstätigkeit durchgeführt werden, selbst dann, wenn sie häufig vorgenommen werden, wegen der im Grunde zivilrechtlichen Tätigkeit nicht als a.d.c. angesehen (acte civil par accessoire), vgl. Jauffret, aaO, Nr.504 ff; Roblot, Traité I (1980), Nr.306, S.197. Das trifft z.B. für einen Arzt zu, der Medikamente an seine Patienten verkauft, Rodière-Houin, Droit com. (1970), Nr.39.

6) s.o. S.16 ff

7) von Bar, Lehrbuch (1892), § 35 Nr.1, S.127. Zu von Bar vgl. oben S.60 ff.

./.

IPR die Privatautonomie und die daraus zu schließende Rechtswahlfreiheit[8] die lex loci als Anknüpfungsregel für das Vertragsstatut ersetzt hat, läßt sich die Aussage von Bars in eine lex obligationis-Regel übersetzen, denn, so richtig von Bar, wenn das Vertragsstatut ein Sonderrecht vorsehe, obliege es auch diesem maßgebenden Gesetz, welche von seinen Rechtsnormen Anwendung finden solle.[9]

In der Kaufmannseigenschaft sieht von Bar eine "Vorfrage"[10] für die weitere Frage, ob das Rechtsgeschäft ein Handelsgeschäft sei.[11] Ob diese Eigenschaft als solche vorliege, entscheide insoweit "das über den Vertrag an sich entscheidende Gesetz".[12] Das begründet von Bar mit den Worten: "In diesem Falle verhält es sich genau so, als hätte das Gesetz, statt die kürzere Bezeichnung des Abschlusses seitens eines Kaufmannes zu wählen, noch einmal diejenigen Personen ausdrücklich bezeichnet, deren Betheiligung als Contrahenten das Geschäft als Handelsgeschäft erscheinen läßt."[13]

Von Bar hat somit die Problemstellung richtig herausgearbeitet, denn er hat, im heutigen Sprachgebrauch ausgedrückt, die Kaufmannseigenschaft als Teilfrage eingestuft.[14] Dennoch hat er sich gegen

---

8) Auf die Einschränkung gem. § 10 Nr.8 iVm § 12 AGB-Gesetz ist hinzuweisen

9) von Bar, Theorie II (1889), S.219

10) Dazu, daß der Begriff "Vorfrage" an dieser Stelle nicht im heutigen Sinne einer als selbständig anzuknüpfenden Teilfrage verstanden werden kann s.o. S.63 Fn 25.

11) von Bar, Theorie II (1889), S.130

12) von Bar, Theorie II (1889), S.131

13) von Bar, Theorie II (1889), S.130

14) Zur Teilfrage s.o. S.127

./.

eine Sonderanknüpfung ausgesprochen. Von Bar sieht in der Bezeichnung Kaufmann jeweils eine abgekürzte Bestimmung der an anderer Stelle des Gesetzes verwendeten Definition. Darin liegt nicht die Entscheidung für die Annahme einer "versteckten Kollisionsnorm",[15] denn Kennzeichen einer solchen Norm ist stets ein in einem Tatbestandsmerkmal enthaltener, mehr oder weniger deutlicher Hinweis auf eigenes Recht, wie dies z.B. bei der Wendung des § 95 I Nr.1 GVG "i.S.d. Handelsgesetzbuches" sein könnte. V.Bars Argument geht darüber hinaus, denn er meint, daß der Gesetzgeber, auch wenn kein solcher Hinweis in der Norm selber enthalten sei, stets auf die eigenen Begriffe, d.h. auf die eigene Definition Bezug nehme.

So eingängig das Argument von v.Bar auch zu sein scheint, so wenig hält es einer genaueren Prüfung stand. Diese Überlegung würde nämlich dazu führen, daß eine gesonderte Anknüpfung stets unzulässig wäre, denn, nicht nur für den Kaufmann, sondern auch für alle anderen Begriffe verhält es sich so, daß der Gesetzgeber, statt einen Rechtsbegriff zu wählen, die einzelnen Merkmale der Definition hätte aufzählen können. Um die Aussage von v.Bar zu widerlegen, bietet sich folgender Vergleich an. Genauso wie § 373 HGB, ohne es ausdrücklich zu erwähnen, das Vorliegen eines einseitigen Handelsgeschäfts, §§ 343, 345 HGB,[16] und damit die Kaufmannseigenschaft einer Partei voraussetzt, genauso verlangt § 433 I BGB ungeschrieben die Geschäftsfähigkeit, § 104 ff BGB, der Beteiligten. Im Sinne von v.Bar hätte der Gesetzgeber stattdessen den § 433 I BGB so formulieren können: Durch den Kaufvertrag, den Personen abgeschlossen haben, die das 18.Lebensjahr vollendet haben, die sich nicht in einem die freie Willensentscheidung ausschließenden Zustand befinden, ... und die nicht wegen Geisteskrankheit entmündigt sind, wird der Verkäufer verpflichtet, ... Daß der Gesetzgeber aber dennoch, jedenfalls für die Geschäftsfähigkeit, eine Sonderanknüpfung durch-

---

15) Dazu oben S.113 ff

16) Baumbach-Duden, HGB (1980), § 374, Anm.3 A, S.759

führen möchte, ergibt sich aus Art.7 I EGBGB. Folglich kann die Argumentation von Bars, der Gesetzgeber nehme stets auf seine eigene Begriffsbestimmung Bezug, einer Sonderanknüpfung nicht entgegenstehen.

Vermag schon der Gedanke von Bars keine lex causae-Regel zu stützen, so könnte er sogar mit entgegengesetzter Wirkung eine Sonderanknüpfung nahe legen. Das ergibt sich aus folgender Überlegung. Der Gesetzgeber hat mit gutem Grund die Geschäftsfähigkeit sozusagen vor die Klammer gezogen, weil sie für eine Vielzahl von Rechtsgeschäften bedeutsam ist. Gerade wegen dieses Umstandes wird der durch Tatbestandsmerkmale festgelegte Begriff Geschäftsfähigkeit zu einem Rechtsbegriff, der einer Sonderanknüpfung zugänglich ist. Genauso verhält es sich mit der Kaufmannseigenschaft. Die exponierte Stellung als Einleitung des HGB bzw. des fr.c.com. scheint gerade ein Indiz für die Sonderanknüpfungsfähigkeit des Rechtsinstituts zu sein.

Anzumerken bleibt, daß von Bar seinen Weg konsequent fortgesetzt hat, soweit der Begriff Kaufmann auch in anderen Normengruppen verwendet wird. Für das Prozeßrecht gelte die lex fori, folglich sei auch die Kaufmannseigenschaft diesbezüglich der lex fori zu entnehmen.[17] Für die Berufsausübungsregelungen gelte das örtliche Recht, dementsprechend könne insofern nur das Recht des "Domiciles bezw. der Handelsniederlassung" für die Kaufmannseigenschaft Anwendung finden.[18] Die Auffassung von v.Bar hat vor allem in der französischen Literatur viele Anhänger gefunden.

Donnedieu de Vabres[19] erkennt die Relevanz der Kaufmannseigen-

---

17) von Bar, Theorie II (1889), S.129
18) von Bar, Theorie II (1889), S.131
19) in: Rép. Niboyet-Lapradell III (1929), v. commerçant

./.

schaft für den a.d.c. par nature[20] und übernimmt die Argumentation von v.Bar von der Bezugnahme auf die eigene Rechtsordnung.[21] Es findet sich aber auch noch ein weiterer Gedanke. Gemäß Donnedieu de Vabres haben gewisse Normen einen speziellen juristischen Charakter, der auf die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft Einfluß habe. Sofern die Kaufmannseigenschaft Auswirkungen auf die Zuständigkeit oder das Verfahren habe, müsse die lex fori angewendet werden,[22] soweit davon Buchführungspflichten und andere öffentliche Verpflichtungen abhängen, sei das "reale Domizil" maßgeblich.[23] Dies erinnert an andere Autoren, die zwar grundsätzlich für eine Sonderanknüpfung eingetreten sind, dennoch aber gerade Ausnahmen für diese Normengruppen machen möchten.[24] Weshalb in diesen Fällen die lex causae immer angewendet werden müßte, wird nicht klar. Vermutlich stecken dahinter Gedanken, die von einer Territorialität der Gesetze ausgehen und diese Auffassung hat sich besonders lange im Hinblick auf Normen gehalten, die mit dem ordre public in Verbindung gebracht wurden. Prozeßrecht und öffentlichrechtliche Verpflichtungen wurden als o.p.-Gesetze angesehen, für die von vorneherein ausschließlich französisches Recht galt. Es sind dies Auffassungen von einer positiven Funktion des o.p. Der o.p. dient folglich weniger dazu, fremdes Recht auszuschließen, als die Anwendbarkeit des eigenen Rechts unmittelbar zu begründen. Insofern besteht eine Parallele zur romanischen Auffassung vom ordre public, der als Gegengewicht zu personalen Gesetzen gedacht war.[25]

---

0) Donnedieu de Vabres, aaO, Nr.5
1) Donnedieu de Vabres, aaO, Nr.58, 78, 79
2) Donnedieu de Vabres, aaO, Nr.76, 77
3) Donnedieu de Vabres, aaO, Nr.89, 90
4) vgl. oben S.140 f
5) dazu vgl. oben S.51

./.

Da nun nach dieser Ansicht für "o.p.-Gesetze" stets das französische Recht als Wirkungsstatut gelte, zieht Donnedieu de Vabres die Konsequenz und folgert, daß es besser sei, statt allzuviele Ausnahmen zuzulassen, von dem Grundsatz einer für alle Normen einheitlichen Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft abzurücken und stattdessen das Gesetz anzuwenden, das die jeweilige juristische Beziehung regiere, also die lex causae.[26)]

Diesen Überlegungen folgt auch heute noch die herrschende französische Literatur zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft.[27)] Allerdings räumen Loussouarn-Bredin ein, daß es zu Ungereimtheiten führe, wenn eine Person in Frankreich einmal als Kaufmann, ein anderes Mal als Nichtkaufmann beurteilt werde, und bezeichnet deshalb die lex causae-Regel als die wenigste schlechte Lösung.[28)]

Insgesamt scheint die französische Literatur nach der jeweils passenden Regel zu fragen und jeweils passend scheint nur der Kaufmannsbegriff zu sein, den das Wirkungsstatut verwendet.

Auch Melchior möchte jeweils das Recht anwenden, welches die in Betracht stehende Beziehung beherrscht. Wenn das Obligationsstatut verschiedene Vorschriften für Kaufleute und Nichtkaufleute, für Handelsgeschäfte und Geschäfte des bürgerlichen Rechts habe, so liege es beim Obligationsstatut zu bestimmen, für welche der beiden Vorschriften die Anwendungsvoraussetzungen gegeben sind, d.h. in einem solchen Falle bestimme das Obligationsstatut, ob

---

26) Donnedieu de Vabres, aaO, 49 - 54, 61

27) Hamel/Lagarde, Loussouarn/Bredin, Lehmann, jeweils aaO, siehe oben S.183, Fn 1

28) Loussouarn/Bredin, aaO, Nr.11

./.

die Person Kaufmann sei und das Geschäft ein Handelsgeschäft sei.[29] Melchior sieht die Sache aber nicht genau genug, wenn er die Begriffe Handelsgeschäft und Kaufmann unterschiedslos behandelt. Auch von denjenigen, die ansonsten für eine Sonderanknüpfung eintreten, wird anerkannt, daß das Kriterium Handelsgeschäft dem Vertragsstatut zu entnehmen ist. Dies schließt nicht aus, daß ein Teil der tatbestandlichen Voraussetzungen eines Handelsgeschäfts, nämlich die Kaufmannseigenschaft, gesondert angeknüpft wird.

Melchior meint weiter, man müsse das Obligationsstatut "auslegen, wie es gemeint ist".[30] Diese Überlegung ähnelt der von v.Bar, wenn dieser meinte, das Gesetz beziehe sich stets auf seine eigenen Begriffe, und insofern müssen Melchior die schon oben vorgebrachten Entgegnungen vorgehalten werden.

Eine interessante Überlegung enthält die Stellungnahme von Nußbaum.[31] Er beobachtete, daß die Kaufmannseigenschaft über die Anwendung des Sonderrechts Einfluß auf den Vertragsinhalt habe. Was aber Vertragsinhalt sei, das bestimme das jeweilige Sach- (Vertrags-) Statut.[32] Diese Meinung übersieht, daß die Kaufmannseigenschaft nicht Rechtsfolge einer Sachnorm über Handelsgeschäfte ist, sondern lediglich ein Merkmal des Tatbestandes. Die Sonderanknüpfung von Teilfragen bewirkt nicht, daß die Rechtsfolge automatisch einem anderen Statut als dem des Vertragsstatuts entnommen wird. Wenn darüber hinaus gemeint sein sollte, daß jeder Einfluß fremden Rechts aus-

---

29) Melchior, Grundlagen (1932), S.152

30) Melchior, aaO, S.152

31) Nußbaum, Dt.IPR (1932)

32) Nußbaum, aaO, S.211

./.

zuschließen sei, soweit er einen wenn auch nur indirekten Einfluß auf den Vertragsinhalt habe, so wird eine derartige Aussage in dieser Allgemeinheit nicht für das deutsche IPR zutreffen, da jede Sonderanknüpfung eine solche Auswirkung haben kann. Somit steht schon die Anerkennung von Sonderanknüpfungen für andere Rechtsbegriffe einer derartigen Überlegung entgegen.

Nußbaum trägt als weiteres Bedenken vor, daß eine Sonderanknüpfung durch die Zugrundelegung der beiderseitigen Personalstatuten eine einheitliche Beurteilung des Vertragsinhalts vielfach unmöglich mache.[33] Nußbaum verkennt, daß eine Sonderanknüpfung über das Personalstatut nicht zu den Auswirkungen führt, die Folge einer Auffassung der Personalität der Gesetze wäre, nämlich daß, soweit es einen schuldrechtlichen Vertrag betrifft, jeder Teil nur nach dem Maße seines Heimatrechts als verpflichtet gilt.[34] Denn geht es z.B. um Fälligkeitszinsen, so setzt § 353 HGB die Kaufmannseigenschaft beider Seiten voraus. Nehmen wir an, beide Parteien hätten den gleichen Beruf, der jedoch im französischen und deutschen Recht unterschiedlich beurteilt wird. Dies ist z.B. für den eingetragenen Steinbruchunternehmer der Fall, der im deutschen Recht mit Eintragung Kaufmann wird, während ihn das französische Recht unabhängig von der Eintragung nicht als Kaufmann beurteilt.[35] Bei einer lex causae-Regel wäre bei deutschem Vertragsstatut auch der Franzose wie sein deutscher Kollege als Kaufmann zu beurteilen. Beide Seiten könnten jedenfalls Fälligkeitszinsen verlangen. Über eine Sonderanknüpfung dagegen wäre der Franzose auch im Hinblick

---

33) Nußbaum, aaO, S.211

34) vgl. oben S.37

35) Hamel/Lagarde, Traité I (1954), Nr.345

./.

auf das deutsche Recht als Nichtkaufmann anzusehen. Dies hätte aber nicht die Folge, daß nur der Deutsche Fälligkeitszinsen verlangen könnte und der Franzose nicht; in diesem Fall würde keiner von ihnen in den Genuß dieser Zahlungen gelangen, da § 253 HGB ein beiderseitiges Handelsgeschäft voraussetzt. Nach beiden Regeln hätte der Vertrag im Hinblick auf beide Parteien den gleichen Inhalt.

Es fällt auf, daß die Autoren, die meinen, die einheitliche Beurteilung des Vertragsinhalts würde durch eine Sonderanknüpfung "vielfach"[36] unmöglich sein, diese Aussage mit keinem einzigen Beispiel belegen. Es wird sich auch kein Beispiel finden lassen, denn es bleibt ja dabei, daß immer nur ein und dasselbe Statut über die Anwendung des Sonderrechts entscheidet, auch wenn eine Teilfrage ausgegliedert ist.

Andere Literaturmeinungen fragen nach der Funktion, die die Kaufmannseigenschaft in der jeweiligen Sachnorm erfüllt. Es käme danach im Einzelfall auf den funktionalen Zusammenhang an, in dem sich die Frage stellte. Häufig wird deshalb nach Normengruppen unterschieden.

Schon Hartenstein[37] schaut auf die "Bedeutung, die diesem Begriff im Einzelfall zukommt."[38] Gehe es um öffentlichrechtliche Verpflichtungen, so sei an die Niederlassung anzuknüpfen. Sei die Kaufmannseigenschaft für Handelsrecht erheblich, so gelte die "lex obligationis" und die Kaufmannseigenschaft in prozeßrechtlichen Vorschriften werde nach der lex fori bestimmt.[39] Leider wird nicht angedeutet, welcher Art die Funktion ist, die dazu führt,

---

36) Nußbaum, aa0, S.211
37) in: RvglHWB (1933), v.Kaufmann, S.709
38) Hartenstein, aa0 (Fn 37), S.726
39) Hartenstein, a.gl.O., S.726

./.

daß der Kaufmann z.B. für das Prozeßrecht nach der lex fori zu beurteilen sei. Da nur nach Normengruppen unterschieden wird, scheint es so zu sein, daß der Charakter der Gruppe Einfluß auf die Anknüpfung haben soll. Die so gehandhabte "funktionale Anknüpfung" läuft auf eine lex causae-Regel hinaus.

Auch für Schnitzer scheint eine einheitliche Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft nicht möglich zu sein.[40] Er möchte den Kaufmannsbegriff "jeweils nach dem Sinn des fraglichen Rechtskomplexes formen".[41] Für das Prozeßrecht schlägt Schnitzer vor, die Kaufmannseigenschaft "mangels Sonderbestimmung" jeweils dem einheimischen Recht, also der lex fori, zu entnehmen.[42] Dies ist wohl so zu verstehen, daß eine Sonderanknüpfung schon deshalb abzulehnen sei, weil das IZPR keine solche Anknüpfungsregel enthalte. Er übersieht, daß gerade das deutsche Kollisionsrecht des Schuldrechts und des Prozeßrechts weitgehend ungeregelt ist, und dennoch Sonderanknüpfungen vorgenommen werden. Im übrigen stützt sich Schnitzer auf Argumente, die auf eine Annahme einer "versteckten Kollisionsnorm" hinauslaufen. Dazu wurde schon oben[43] Stellung genommen.

Soweit die Kaufmannseigenschaft Bedeutung im Hinblick auf Handelsrecht habe, ist gemäß Schnitzer die lex obligationis anzuwenden.[44] Dies wird mit dem weiteren Argument begründet, daß es "eine Verfälschung der Begriffe des anzuwendenden Rechts wäre, wenn man ohne besonderen Grund plötzlich einen einzelnen Begriff aus der lex fori

---

40) Schnitzer, Handbuch des IHR (1938), S.34
41) Schnitzer, aaO, S.36
42) Schnitzer, aaO, S.37
43) S.115 f
44) Schnitzer, aaO, S.39

./.

in die lex obligationis hineinziehen wollte".[45] Als Beispiel für eine solche Verfälschung benennt Schnitzer folgenden Fall: "Wenn ein Kaufvertrag von einem deutschen Gericht nach schweizer Recht behandelt wird, weil der Erfüllungsort in der Schweiz liegt, so wäre es gänzlich unzweckmäßig, plötzlich die Frage der Höhe der Verweisungszinsen etwa nach deutschem Recht zu entscheiden, weil die Parteien zwar nach schweizer Recht, nicht aber nach deutschem Recht Kaufleute sind".[46]

Dieser Aussage sind zwei Entgegnungen vorzuhalten. Zunächst läßt Schnitzer bei der Anknüpfungsfrage unberücksichtigt, daß das schweizer Recht überhaupt keine Definition des Kaufmanns kennt und daß deshalb der in Art.104 III OR vorkommende Begriff "unter Kaufleuten" schon aus diesem Grunde nicht nach deutschem Recht auszufüllen sein könnte. Auch haben die Begriffe in beiden Rechtsordnungen eine völlig unterschiedliche Funktion, denn so kennt das schweizer Recht z.B. kein gesondertes Handelsrecht. Zum anderen kann eine Sonderanknüpfung keineswegs die Folge haben, daß statt schweizer Vertragsstatut deutsches Recht über die Zinshöhe befindet. Sind beide Parteien im Beispielsfalle keine Kaufleute im Sinne des deutschen Rechts, bleibt es bei § 104 OR, nur daß in diesem Fall lediglich § 104 III OR nicht anzuwenden ist.

Schnitzer will es im Ergebnis stets bei einer unselbständigen Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft, also einer lex causae-Regel, belassen.[47] Dennoch schließt Schnitzer nicht aus, daß die eine oder andere Rechtsordnung eine Sonderanknüpfung vorsieht und emp-

---

45) Schnitzer, aaO, S.39

46) Schnitzer, aaO, S.39

47) vgl. Schnitzer, aaO, S.40; ders., Handbuch des IPR I (1957) S.284

./.

fiehlt in diesem Fall, die Niederlassung als Anknüpfungskriterium zu wählen.[48] Vielleicht kann aus dieser Anlehnung gefolgert werden, daß Schnitzer seine Aussage nur für das schweizer Recht treffen wollte. Jedenfalls müssen seine Überlegungen auf dem Hintergrund des schweizer Rechts gesehen werden, das seit der Einführung des Zivilgesetzbuches von 1907 auf gesondertes Handelsrecht verzichtete. Folglich wird es in der Schweiz auch kein so ausgeprägtes Bewußtsein für die Auswirkungen einer Kaufmannseigenschaft im Sinne des deutschen oder des französischen Rechts geben, die z.B. dazu führen können, daß sich Kaufleute in besonderer Weise auf spezielles Recht einzurichten haben.

Gleichfalls hat sich Jayme, soweit es das AGB-Gesetz und das Abzahlungs-Gesetz betrifft, gegen eine Sonderanknüpfung an die Niederlassung ausgesprochen.[49] Er scheint die Meinung zu teilen, daß die Kaufmannseigenschaft weniger ein Status sei, sondern im Zusammenhang mit den verschiedenen Zwecken der Sachnormen zu sehen sei. Jayme möchte auf den jeweiligen funktionalen Zusammenhang abstellen. Bezüglich § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz sei zu fragen, ob der Ausländer "die Voraussetzungen der §§ 1 ff HGB erfülle". Das gleiche soll im Prinzip hinsichtlich § 8 Abzahlungsgesetz gelten.[50] Insoweit will Jayme jedenfalls deutsches Recht, also die lex causae anwenden. Es wird aber nicht klar, welcher funktionale Zusammenhang es gebietet, deutsches Recht anzuwenden. Vielmehr wird allzu rasch geprüft, in welcher Weise deutsches Recht auf den Ausländer anzuwenden ist.[51] Daß es derartige Probleme bei der Anwendung deutschen

---

48) Schnitzer, Handbuch des IHR (1938), S.40
49) Jayme, ZHR 142 (1978), S.116, Fn 57a
50) Jayme, aaO, S.116, Fn 57a
51) Auf dieses Problem wird weiter unten einzugehen sein (S.258 ff)

./.

Rechts auf Ausländer geben kann, besonders wenn § 8 Abzahlungsgesetz auszufüllen ist, verwundert nicht. Doch über dieses Problem darf die vorrangige Frage nicht unbeantwortet bleiben, weshalb deutsches Recht und nicht das Heimatrecht, verstanden als das Recht der Niederlassung, maßgeblich ist.

Diese Entgegnung muß sich auch Schlechtriem vorhalten lassen. Er beschäftigt sich,nicht ohne Unterscheidungen zu machen, mit der Frage, wie deutsches Recht im Falle des § 24 AGB-Gesetz anzuwenden sei, ohne jedoch zu überlegen, ob nicht eine Sonderanknüpfung in Frage kommt.[52] Der Ausgangspunkt, nach Normengruppen zu differenzieren, und zu fragen, in welchem funktionalen Zusammenhang der Kaufmannsbegriff benützt wird, erscheint vernünftig. Doch es fällt auf, daß diese Prüfung jedenfalls von den bisher vorgestellten Literaturmeinungen nicht konkretisiert wird.

Daß eine funktionale Betrachtungsweise durchaus auch zu einer Sonderanknüpfung führen kann, hat vor kurzem Hübner[53] nachgewiesen. Mit Blick auf § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz stellt er die Frage, "wer als nicht so schutzwürdig im Sinne des AGB-Gesetzes anzusehen ist: Wer als Kaufmann nach §§ 1 - 6 HGB gilt oder wer von seinem Heimatrecht als schutzwürdig angesehen wird".[54] Hübner entscheidet sich für die zweite Alternative und meint, daß sich im Rahmen des AGB-Gesetzes die funktionale und die Sitz-Anknüpfung entsprächen.[55]

---

2) Schlechtriem, Festschrift Duden (1977), 571 (580). Seine Ausführungen werden im Rahmen der Frage der Anwendungsweise der lex causae-Regel zu erörtern sein.

3) NJW 80, 2601

4) Hübner, aaO, S.2606

5) Hübner, aaO, S.2606

./.

Hübner stellt somit die Frage nach dem Zweck des AGB-Gesetzes und dies ist m.E. der Schutz des Schwächeren. Ob aber jemand des Schutzes bedarf, wird oft geprägt durch das Recht seiner Umgebung. Sonderanknüpfungen aus einem Schutzgedanken heraus beziehen sich auf das Heimatrecht, wie z.B. die Sonderanknüpfung des Schweigens im Rechtsverkehr zeigt.

Hübner benennt als Beispiel für das Anknüpfungsproblem den Fall eines italienischen Rechtsanwalts mit Großpraxis in Deutschland[56] und er erwähnt richtig, daß dieser Anwalt bei entsprechender Organisation i.S.d. italienischen Rechts "imprenditore" wäre.[57] Nun ist dieses Beispiel untauglich, da sich in dieser Situation kein Anknüpfungsproblem ergibt. Wenn deutsches Recht Wirkungsstatut ist und sich auch der Geschäftssitz der zu beurteilenden Person in Deutschland befindet, führen sowohl die lex causae-Regel wie auch die Sonderanknüpfung an die Niederlassung zur Anwendung deutschen Rechts für die Kaufmannseigenschaft. Gelte es, den obigen Rechtsanwalt, diesmal aber mit Sitz in Mailand, bei deutschem Vertragsstatut und deutschem Verwender von AGB hinsichtlich § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz zu beurteilen, wäre eine Entscheidung nötig. Hübner scheint an diesen Fall gedacht zu haben, als er für eine Sonderanknüpfung an den Sitz eintrat. Insoweit möchte er augenscheinlich den Begriff Kaufmann iSd § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz durch den "imprenditore" des italienischen Rechts ersetzen. Ob das möglich sein wird, ist zumindest zweifelhaft, denn er "imprenditore" ist anders definiert als der Kaufmann und hat, da Italien kein gesondertes Handelsrecht kennt, auch nicht die gleiche Funktion. Auf diese Bedenken ist Hübner allerdings nicht eingegangen. Das mag daran liegen, daß übersehen wird, daß nicht der im-

---

56) Hübner, aaO, S.2607, Fn 90

57) Dies ergibt sich aus Art.2238 c.civ.1942, vgl.Jayme, ZHR 142 (1978), 115, Fn 57a

./.

prenditore im Mittelpunkt des italienischen Rechts steht, sondern das Unternehmen (impresa). Das Unternehmen ist aber eher ein Inbegriff von sachlichen Produktionsmitteln und der imprenditore daher nur der Inhaber dieser sachlichen Produktionsmittel. Der Kaufmann hingegen erscheint eher als eine Persönlichkeit, dem, selbst dann, wenn es an besonderen sachlichen Produktionsmitteln fehlt, gesondertes Recht zugemutet wird. Auf das Problem, welche Begriffe des ausländischen Rechts bei einer Sonderanknüpfung verwendbar sind, wird noch an späterer Stelle einzugehen sein.

Erwähnt sei, daß auch Böhm,[58] Beitzke,[59] Kropholler,[60] Jadaut/Plaisant[61] und Ulmer-Brandner-Hensen[62] jeweils das Wirkungsstatut anwenden wollen, ohne allerdings diese Meinung zu begründen.

Schließlich haben sich noch Riezler und Szászy damit beschäftigt, wie die Kaufmannseigenschaft, soweit sie in prozeßrechtlichen Normen als Tatbestandsmerkmal dient, zu bestimmen sei. Riezler will die "Qualifikation im allgemeinen der Rechtsordnung entnehmen, die das streitige Rechtsverhältnis beherrscht".[63] Dies ist nicht, wie man auf den ersten Blick meinen könnte, das jeweilige Wirkungsstatut, also für prozeßrechtliche Vorschriften die lex fori, sondern das auf den jeweiligen Streitgegenstand anwendbare Recht. Das er-

---

58) Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen (1890), § 26, S.151

59) Staudinger/Beitzke, Art.7 EGBGB (1970), Rdn.23, S.64; vgl.o.S.177

60) AWD 70, 497 (bzgl.§ 38 I 780)

61) Droit du com.int. (1976), die allerdings nur einen Überblick über das französische IPR geben wollen.

62) AGB-Gesetz (1978), S.515; § 24 Rdn.15, S.630 (bzgl.§ 24 AGB-Gesetz)

63) Riezler, IZPR (1949), S.118

./.

gibt sich daraus, daß Riezler im speziellen Falle des § 95 I Nr.1 GVG die lex fori anwenden will,[64] dies jedoch als Abweichung von der allgemeinen Regel versteht. Daraus ist zu folgern, daß das von Riezler als "lex causae" beurteilte Recht nicht die lex fori sein muß. Er tritt also im allgemeinen für eine Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft an das Streitstatut ein, und zwar auch dann, wenn der Begriff in prozeßrechtlichen Vorschriften verwendet wird.

Riezler scheint also im allgemeinen darauf Wert zu legen, daß die Begriffe, die sowohl in prozeßrechtlichen Normen, wie auch im materiellen Recht vorkommen, einheitlich beantwortet werden. Nur wird nicht klar, weshalb es die lex causae der Streitfrage selber sein soll, der die Kaufmannseigenschaft zu entnehmen ist. Auf die Frage, ob insofern gegebenenfalls eine Sonderanknüpfung an die Niederlassung in Frage kommt, wurde jedenfalls nicht eingegangen. Das mag aber darauf beruhen, daß Riezler sich nur mit dem IZPR beschäftigte und die Frage, wie im materiellen Recht zu verfahren ist, wohl nicht besonders geprüft hat.

Im Ergebnis wie Riezler äußert sich auch Szászy. Seine Bezeichnung "lex civilis causae"[65] umschreibt genauer, was er meint, nämlich für die Kaufmannseigenschaft in prozeßrechtlichen Normen das materielle Recht des Streitgegenstandes anzuwenden. Eine Begründung dafür ist nicht ersichtlich. Jedenfalls scheint es so zu sein, daß Riezler und Szászy aus dem Charakter der §§ 29 II, 38 I, 1027 II ZPO als prozeßrechtliche Normen nicht folgern, es müsse nun jeweils die lex fori die Kaufmannseigenschaft bestimmen. Sie urteilen also anders, als die vielen und schon erwähnten klassischen Meinungen, die vortrugen, nur die lex fori könne die Kaufmannseigenschaft in prozeßrechtlichen Vorschriften bestimmen.

---

64) Dazu, daß Riezler in der Formulierung des § 95 I Nr.1 GVG eine "versteckte Kollisionsnorm" sieht, vgl. oben S.116.

65) Szászy, Int.civil procedure (1967), S.144

./.

Soeben hat sich Wengler zu der gestellten Frage geäußert und sich "im Zweifel" gegen eine Teilverweisung auf das personale Recht ausgesprochen.[66] Diese Aussage basiert auf der Anschauung, daß die Kaufmannseigenschaft, soweit sie bestimme, ob auf einen Vertrag bürgerliches Recht oder Handelsrecht anzuwenden ist, eine Regelung des "intergentilen Rechts" sei. Beide Kaufrechte seien "Gruppenrechte" und aus dieser Sicht wird der Kaufmannseigenschaft eine Funktion zugeschrieben, die mit der Frage vergleichbar ist, ob das "innere Kollisionsrecht" eines Staates die Anwendung des maßgeblichen Rechts etwa von dem Kriterium der Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft, einem Stamm oder einer Kaste abhängig macht.

M.E. kann jedoch dieser Zusammenhang nicht hergestellt werden. Während über das intergentile Kollisionsrecht zu klären ist, welche von mehreren, jedoch im Prinzip gleichwertigen Rechtsordnungen maßgeblich ist, hat die Kaufmannseigenschaft keinen Einfluß auf das anwendbare Recht. Sie regelt nur innerhalb einer Rechtsordnung, wenn man so will, horizontal, welches Regelungsniveau für den Typ Kaufvertrag maßgeblich ist. Im übrigen zeigt auch der Inhalt des positiven Rechts, demzufolge sich die Rechtsverhältnisse der Kaufleute im privaten Lebensbereich nach dem BGB richten,[67] daß das System durchlässig ist; ein Merkmal, das anderen, tatsächlich intergentilen Abgrenzungen fremd ist.

Zusammenfassend ist somit zu beobachten, daß es verschiedene Überlegungen gibt, die zu einer lex causae-Regel führen können. In neuerer Zeit scheint die Frage nach dem funktionalen Zusammenhang immer häufiger gestellt zu werden. Die unselbständige Anknüpfung der Teilfrage der Kaufmannseigenschaft tritt folglich als eine ernst zu nehmende Alternative neben die Lösung über eine Sonderanknüpfung an die Niederlassung. Dies wird unterstrichen durch die französische Literatur, in der, wie gesagt, die lex causae-Regel die herrschende Meinung bildet.

---

6) Wengler, Int.Privatrecht (1981), Bd.I, S.292 und Bd.II, S.856, Fn 48

7) Darauf hat Wengler selber, aaO Bd.II, S.856, Fn 48, hingewiesen.

./.

IV. Anwendung des ausländischen Rechts

Das Ergebnis der Untersuchung in Abschnitt II war, daß die Kaufmannseigenschaft methodisch als eine Teilfrage einzuordnen ist. Die weitere Untersuchung in Abschnitt III ergab, daß letztlich zwei Möglichkeiten ernsthaft in Betracht kommen, diese Teilfrage anzuknüpfen. Der eine Weg ist eine Sonderanknüpfung an die Niederlassung, der andere Weg ist eine unselbständige Bestimmung über das jeweilige Wirkungsstatut und dies wurde als lex causae-Regel bezeichnet. Dieser Abschnitt IV gilt der Untersuchung, auf welche Weise eine Sonderanknüpfung oder eine unselbständige Bestimmung der Kaufmannseigenschaft durchzuführen ist.

In der kollisionsrechtlichen Prüfung ist die Substitution nachrangig gegenüber der Verweisung. Doch kann die Substitution auch Auswirkung auf die Verweisung haben, denn es hätte keinen Sinn, eine Anknüpfungsregel aufzustellen, die bei ihrer Anwendung zu unlösbaren Problemen führt. So ist es noch nicht geklärt, ob eine gesonderte Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft technisch überhaupt durchführbar ist,und offen ist auch die Frage, wie etwa deutsches Recht auf ausländische Gewerbetreibende anzuwenden ist, wie z.B. das konstitutive Eintragungserfordernis des § 2 HGB im Hinblick auf Ausländer zu handhaben ist. Es ist folglich die praktische Anwendbarkeit beider Lösungsmöglichkeiten zu überprüfen.

Die Substitution wird immer nur dann zu einem Problem, wenn sich die Niederlassung nicht im Geltungsbereich des Wirkungsstatuts befindet. Denn ist z.B. deutsches Recht Vertragsstatut und liegt die Niederlassung der zu beurteilenden Vertragspartei in Deutschland, weisen Sonderanknüpfung und die lex causae-Regel beide auf deutsches Recht und es werden sich keine besonderen Anwendungsschwierigkeiten ergeben, weil alle Niederlassungen, also auch Zweigniederlassungen von ausländischen Unternehmen, in Deutschland die dort bestehenden öffentlichrechtlichen Verpflichtungen,

./.

also auch die Eintragungspflicht ins Handelsregister, vgl.z.B. § 13b I HGB, erfüllen müssen.

Dagegen können Anwendungsschwierigkeiten bei beiden Lösungswegen auftreten, wenn sich die Niederlassung des zu beurteilenden Gewerbetreibenden außerhalb des Geltungsbereichs des Wirkungsstatuts befindet. Das ist z.B. der Fall, wenn ein ausländischer Kaufmann der Klage zu einem deutschen Gericht die Prorogationseinrede des § 38 I ZPO entgegenhält, denn dann gilt aufgrund der lex fori-Regel, sofern Art.17 EuGVÜ nicht vorgeht, der deutsche § 38 I ZPO und für die Teilfrage der Kaufmannseigenschaft im Falle einer Sonderanknüpfung das ausländische Recht am Ort der Niederlassung oder bei einer lex causae-Regel deutsches Recht für den Ausländer. Das gleiche Problem stellt sich, wenn z.B. bei französischem Vertragsstatut eine oder beide Parteien ihre Niederlassungen in Deutschland haben. In diesem Fall fragt sich bei einer lex causae-Regel, ob die deutschen Gewerbetreibenden die Voraussetzungen des französischen Rechts erfüllen, und bei einer Sonderanknüpfung wird zum Problem, ob sich der deutsche Begriff des Kaufmanns ohne Schwierigkeiten in das französische Recht integrieren läßt. Diese Situationen werden als Konfliktsfall bezeichnet.

Es ist nicht genau genug zu sagen, daß lediglich die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft von "Ausländern" Probleme bereitet. Wenn man die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmöglichkeit für die Kaufmannseigenschaft abgelehnt hat, ist diese Eigenschaft, Ausländer zu sein, unerheblich für die Anknüpfungsfrage. Denn es kann z. B. sein, daß ein Franzose nur in Deutschland seinem Beruf nachgeht. Er bleibt zwar Ausländer, aber die Kaufmannseigenschaft wird bei inländischer Niederlassung weder bei einer Sonderanknüpfung noch bei einer lex causae-Regel ein kollisionsrechtliches Problem sein, da bei deutschem Wirkungsstatut beide Regeln zu den §§ 1 ff HGB führen. Wenn dennoch im folgenden der kürzere Begriff "Ausländer"

./.

verwendet wird, so ist damit die als Konfliktsfall bezeichnete Situation gemeint, nämlich daß die Niederlassung des Inhabers außerhalb des Geltungsbereichs des Wirkungsstatuts gelegen ist.

Da sich für eine Sonderanknüpfung und eine lex causae-Regel im Konfliktsfall jeweils andere Probleme ergeben, soll die Anwendung der Regeln auf Ausländer zunächst für den einen und danach für den anderen Weg untersucht werden.

1. Selbständige Anknüpfung

Eine Sonderanknüpfung von Teilfragen führt häufig zur Anwendung von ausländischem Recht. Dies geschieht in der Weise, daß ein, zwei oder gar mehrere Teile des Tatbestandes einer Hauptfrage nach anderem Recht bestimmt werden, und dann wieder in den Tatbestand eingefügt werden, wie Glieder einer Kette, die nebeneinander gereiht werden. Dabei können Schwierigkeiten auftreten, weil die Institute einer Rechtsordnung immer nur im Verhältnis zu den Instituten der eigenen Rechtsordnung aufeinander abgestimmt sind, nicht aber im Verhältnis zu dritten Rechtsordnungen. Darüberhinaus werden manche Rechtsinstitute dritten Rechtsordnungen unbekannt sein und es wird eine Lücke entstehen.[1)]

Dieses Problem bereitet gerade auch die Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft. Manchen Rechtsordnungen ist ein solcher Begriff unbekannt und dies beruht darauf, daß sie überhaupt nicht zwischen Handelsrecht und Zivilrecht unterscheiden. Es besteht deshalb kein

---

1) Dazu Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.389, Fn 1072: "Nicht in jedem Fall muß eine Lückenfüllung möglich sein, denn das Prinzip der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung gilt nur für eine Rechtsordnung als ganzes."

./.

Bedürfnis für ein derartiges Abgrenzungsmerkmal. Andere Rechtsordnungen verwenden Begriffe, die dem deutschen Begriff des Kaufmanns allenfalls ähnlich sind, und wiederum andere Rechtsordnungen kennen zwar einen Kaufmannsbegriff, dessen gesetzliche Definition aber Abweichungen enthält, die aus der Sicht des deutschen Rechts nur schwer verständlich sind.

a) Äquivalenzprüfung

Es stellt sich das Problem, ob die Begriffe, die ein durch die Sonderanknüpfung berufenes fremdes Recht verwendet, dem vom Wirkungsstatut verwendeten Begriff gleichartig sind. Wird über die Sonderanknüpfung einer Vorfrage ein andersartiger Begriff in den Tatbestand der Hauptfrage eingeführt, besteht die Gefahr, daß die Harmonie im Rahmen dieser Rechtsordnung gestört würde. Dies könnte zu unstimmigen Ergebnissen führen. Wenn z.B. eine Rechtsordnung nur denjenigen als Kaufmann bezeichnet, der den An- und Verkauf von Waren betreibt,[2)] handelt es sich um einen sehr engen Kaufmannsbegriff. Nur ein relativ geringer Teil der Bevölkerung hätte die Eigenschaft, Kaufmann zu sein. Das führte bei deutschem Vertragsstatut dazu, daß weite Bereiche der Gewerbeausübung, die ansonsten dem Handelsrecht zugeordnet werden, im Hinblick auf Fremde dem bürgerlichen Recht unterfielen. Soweit es den Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes betrifft, führte die Maßgeblichkeit eines engen Kaufmannsbegriffs dazu, daß Ausländer gegenüber Inländern bevorzugt würden, da nur der relativ geringere Teil der Bevölkerung vom personalen Schutzbereich des AGB-Gesetzes ausgenommen wäre. Um solche Störungen zu vermeiden, ist ein Vergleich der Rechtsbegriffe nötig.

---

2) So noch § 475 des ALR, s.o. S.11 ff

./.

Der Vergleich hat sich stets auf den vom Wirkungsstatut verwendeten Begriff zu beziehen. Nur so kann erkennbar werden, ob der fremde Begriff die Voraussetzungen der maßgeblichen Sachnormen erfüllt. Der ausländische Begriff muß die Funktion wahrnehmen können, auf die die Sachnorm zugeschnitten ist. Es handelt sich um ein Problem der Äquivalenz (équivalence). Eine solche Äquivalenzprüfung ist insbesondere im Schrifttum bei einer kollisionsrechtlichen Methode bekannt geworden, die als "Substitution" bezeichnet wird.[3] Bei Maßgeblichkeit des inländischen Rechts geht es um die Frage, ob die ausländische Rechtssituation der inländischen vergleichbar ist, ob z.B. die Mitwirkung eines ausländischen Notars für eine sich nach deutschem Recht richtende öffentliche Beglaubigung i.S.d. § 129 BGB ausreicht,[4] oder ob z.B. eine Klageerhebung im Ausland geeignet ist, eine sich nach deutschem Recht richtende Verjährung zu unterbrechen.[5]

---

3) Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.351. Eine Prüfung der Funktionsäquivalenz kann auch einmal erforderlich sein, wenn zu prüfen ist, ob sich eine nach fremdem Recht bestehende Sondergeschäftsfähigkeit in die lex causae integrieren läßt. Dies wird nur in Ausnahmefällen bedeutsam werden, da eine Sondergeschäftsfähigkeit regelmäßig nach der lex causae zu bestimmen ist, dazu vgl. schon oben S.100. Sollte aber in einem Ausnahmefall, z.B. im Rahmen des § 1600 d I Satz 1 BGB mit Siehr, StAZ 76, 356 ff, die Fähigkeit, eine Vaterschaftsanerkennungserklärung abgeben zu können, nach dem Personalstatut zu bestimmen sein, so erscheint eine Prüfung der Funktionsäquivalenz nötig, worauf Jayme/Koussoulas, StAZ 80, 38 (40) hingewiesen haben.

4) Dies wird von der hM bejaht, vgl. Neuhaus, a.gl.O. (Fn 3). Dagegen reicht es nicht aus, eine Auflassungserklärung, § 925 I BGB, vor einem ausländischen Notar abzugeben. Die Einschaltung eines Notars dient in diesem Falle dazu, die Einhaltung der grundbuchrechtlichen Vorschriften zu gewährleisten. Diese Aufgabe kann ein ausländischer Notar nicht erfüllen.

5) Dies ist zu bejahen, wenn mit einer Anerkennung der Entscheidung im Inland zu rechnen ist, vgl. Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.351.

./.

Das Problem der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft läßt sich jedoch nicht unmittelbar im Wege der Substitution lösen. Denn ob eine Person Notar ist, entscheidet sich ohne weiteres nach dem Recht des ihn zulassenden Landes, und ob eine Klage erhoben ist, beurteilt sich ausschließlich nach dem Prozeßrecht des angerufenen Gerichts. Hier entfällt von vorneherein die Notwendigkeit einer besonderen kollisionsrechtlichen Anknüpfung, weil überhaupt nur eine Rechtsordnung als maßgebend in Frage kommt. Dies gilt jedoch nicht für die Kaufmannseigenschaft; sie ist deshalb über das IPR anzuknüpfen. Der Gedanke der Äquivalenz muß aber auch im Rahmen einer Teilfrage immer dann durchgreifen, wenn sie nach einer anderen Rechtsordnung als der der lex causae zu beantworten ist.

Die Sonderanknüpfung von Vorfragen besteht somit aus zwei Teilen. Zunächst ist, wie allgemein anerkannt, eine kollisionsrechtliche Anknüpfung vorzunehmen. Daran hat sich, sofern vom Wirkungsstatut verschiedenes Recht anzuwenden ist, eine Äquivalenzprüfung anzuschließen. Insoweit verhält es sich wie bei der Substitution, die nichts anderes ist als eine Vorfrage, deren kollisionsrechtlicher Teil wegen Offensichtlichkeit des maßgebenden Rechts entfällt. Der Vergleich zwischen zwei Rechtsordnungen ist auch dem klassischen IPR nicht fremd. Der Korrektur, die üblicherweise am Ende jeder Anwendung ausländischen Rechts geboten sein kann, wird über die Einrichtung des ordre public, Art.30 EGBGB, erreicht. Danach wird das Ergebnis einer Rechtsanwendung im konkreten Fall darauf überprüft, ob es mit den guten Sitten vereinbar ist oder dem Zweck eines deutschen Gesetzes zuwiderläuft.[6] Leitbildfunktion haben die Sachnormen

---

[6] Palandt-Heldrich, Art.30 EGBGB, Anm.2. Dazu, daß auch in anderen Situationen, insbesondere wenn es um den Schutz des "Schwächeren" geht, im Rahmen der kollisionsrechtlichen Prüfung eine rechtsvergleichende Betrachtung notwendig sein kann, vgl. Jayme, Festschrift Schwind (1978), 103 (insb.108).

./.

des eigenen materiellen Rechts. Genauso wie auf diese Weise die fremden Sachnormen mit den deutschen Sachnormen verglichen werden, ist es nötig, den ausländischen Begriff mit dem Begriff des deutschen Kaufmanns zu vergleichen, um zu erkennen, ob der Zweck eines deutschen Gesetzes durch die Anwendung des fremden Begriffs gestört würde.

Über den o.p. können die Störungen, die bei der Verwendung eines funktionsungleichen Begriffs im Rahmen einer Sonderanknüpfung von Teilfragen auftreten können, nicht korrigiert werden. Die Sonderanknüpfung führt nur partiell zu fremdem Recht. Im wesentlichen bleibt es bei deutschem Vertragsstatut. Insbesondere wird die Rechtsfolge, also das Ergebnis, dem deutschen Recht entnommen. Art.30 EGBGB kann jedoch nur Korrekturen fremden Rechts vornehmen.

Werfen fremde Sachnormen die Vorfrage der Kaufmannseigenschaft auf, könnte die gleiche Störung auftreten, wenn der im deutschen Recht definierte Begriff nicht in den Rahmen des ausländischen Rechts paßt. Auch in diesem Fall kann der o.p. den Fehler nicht korrigieren, da insofern immer nur das Ergebnis maßgeblich ist.

Zudem würde der o.p. überwiegend nur bei einer starken Inlandsberührung durchgreifen. Aber im Handelsverkehr spielt der Bezug zu dem einen oder anderen Gebiet eine weniger wichtige Rolle. Die Störungen, die bei Verwendung eines funktionsungleichen Begriffs auftreten können, hängen nicht von der Beziehung zu der einen oder anderen Rechtsordnung ab.

Der o.p. ist somit nicht in der Lage, diese Störungen zu beheben. Diesem Institut kann lediglich der Gedanke entnommen werden, daß es überhaupt nötig sein kann, zwei Rechtsordnungen zu vergleichen, um Störungen auszugleichen.

./.

Nach fremdem Recht zu beantwortende Teilfragen bedürfen somit in jedem Fall einer eigenen Äquivalenzprüfung, bevor der fremde Rechtsbegriff endgültig in das Wirkungsstatut eingegliedert werden kann. Dies wird in den meisten Fällen, in denen eine Sonderanknüpfung vorzunehmen ist, kein besonderes Problem bereiten, weil z.B. bei der Frage der Gültigkeit einer Ehe alle Formen der Eheschließung, sei es vor dem Standesbeamten oder sei es eine lediglich kirchliche Trauung, als vergleichbar anzusehen sind, wenn sie dem örtlichen maßgeblichen Recht entsprechen. Da, wie dieses Beispiel zeigt, die Begriffe, die Gegenstand einer Sonderanknüpfung sind, häufig als gleichwertig angesehen werden können, wurde bislang die grundsätzliche Erforderlichkeit einer solchen Prüfung nicht mit aller Deutlichkeit erkannt.

An die Feststellung der Notwendigkeit einer Äquivalenzprüfung schließt sich die Frage an, bis zu welchem Grad Abweichungen hingenommen werden können.

Die Äquivalenz ist nicht schon bei jeder Unterschiedlichkeit gestört. Es muß sich um eine erhebliche Abweichung von der Vorstellung der lex causae handeln. Wann diese Erheblichkeit vorliegt, ist im Einzelfall im Hinblick auf den Zweck derjenigen Sachnorm zu ermitteln, die die Vorfrage der Kaufmannseigenschaft aufgeworfen hat. Dabei kann großzügig verfahren werden, damit der einer Sonderanknüpfung zugrunde liegende Gedanke, den Einfluß ausländischen Rechts im Parteiinteresse zuzulassen, nicht über die Äquivalenzprüfung praktisch ausgehöhlt würde. Insofern ist zu bedenken, daß sich eine Sonderanknüpfung ja überhaupt nur auswirken kann, wenn die in Frage kommenden Sachnormen voneinander abweichen.

b) Methoden zur Überbrückung von Äquivalenzstörungen

Bevor ein solcher Vergleichbarkeitstest an Hand einiger Begriffe des ausländischen Rechts durchgeführt wird, ist noch auf die

./.

Möglichkeiten einzugehen, mit denen eine größere Unterschiedlichkeit ausgeglichen werden kann. In diesem Zusammenhang ist mit Blick auf die Unterschiede in den materiellen Rechtsordnungen einer Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft entgegengehalten worden, daß dies zu unlösbaren Problemen führe.[7] Eine Regel, die für eine bestimmte Frage häufig auf ausländisches Recht verweist, ohne daß in vielen Fällen ausländisches Recht die Frage lösen könnte, erscheint in der Tat unpraktikabel. Angesprochen ist das internationalprivatrechtliche Ordnungsinteresse,über das Kollisionsrecht stimmige Ergebnisse zu erreichen. Ob aber diese Einwände durchschlagen, hängt davon ab, ob es kollisionsrechtliche Methoden gibt, die angedeuteten Diskrepanzen zu vermeiden oder sie erträglich zu machen.

Es sind mehrere Lösungswege denkbar.

Äußerst ungünstig wäre eine negative Entscheidung in der Weise, den Ausländer stets als Nichtkaufmann zu beurteilen, wenn das ausländische Recht einen solchen Begriff nicht kennt. Es kann nicht Auswirkung einer Anknüpfung sein, daß in diesen Fällen, selbst bei Verträgen unter Großindustriellen, nie Handelsrecht angewandt würde und daß diese Unternehmer stets in den Schutzbereich des Abzahlungsgesetzes fielen. Ziel z.B. des deutschen Verbraucherschutzrechts ist es, nur eine im Wirtschaftsverkehr schwächere Partei zu schützen.

Dagegen sind mehrere positive Möglichkeiten in Erwägung zu ziehen. Abweichende oder ähnliche Begriffe könnten im Wege der An-

---

7) Melchior, Grundlagen (1932), S.153

./.

passung angeglichen werden.[8] Es könnte nach Äquivalenzen gesucht werden, also nach funktional ähnlichen Begriffen. Die eigene oder fremde Rechtsordnung könnte ausdehnender oder einengender angewandt werden, als es von der Verweisungsnorm zunächst vorgesehen war. Es käme in Betracht, auf die gemeinsamen oder allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückzugreifen.[9] Schließlich ist an eine Ersatzanknüpfung oder an die Anwendung von Ersatzrecht, also der Anwendung einer anderen als der zunächst maßgeblichen Rechtsordnung zu denken.[10]

Bei der Auswahl dieser Lösungsmöglichkeiten ist das fremde Recht möglichst weitgehend zu berücksichtigen, damit die an und für sich maßgebende Rechtsordnung im Rahmen des Möglichen wirksam wird. Deshalb empfiehlt sich, eine Anpassung zu versuchen, bevor etwa ein Rückgriff auf gemeinsame Rechtsgrundsätze oder auf Ersatzrecht gewählt wird.

c) Begriffe des ausländischen Rechts

Die Handhabung dieser Lösungsmöglichkeiten soll im folgenden an den Beispielen von Gewerbetreibenden dargestellt werden, die in England, in einem amerikanischen Staat, in Italien oder in Frankreich ihre Niederlassung haben. Erst daran anschließend wird die Frage zu beantworten sein, ob die Schwierigkeiten bei der Anwendung ausländischen Rechts einer Sonderanknüpfung entgegenstehen.

So werden Staaten, die eine Scheidung dem Bande nach nicht kennen, keine Bestimmungen über die Verteilung der elterlichen Sorge nach der Scheidung enthalten. Insofern kann jedoch auf die entsprechenden Regelungen zurückgegriffen werden, die im Falle der Trennung der Ehegatten ohne Auflösung der Ehe vorgesehen sind. Siehe dazu mwNw Hausmann, Kollisionsrechtliche Schranken der Gestaltungskraft von Scheidungsurteilen (Diss. 1980), S.112.

Kötz, RabelsZ 34 (1970), 663

Dazu: Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.388

./.

Verweist eine Kollisionsnorm auf ausländisches Recht, ist zunächst nach dem in Art.27 EGBGB zum Ausdruck gekommenen Prinzip der Gesamtverweisung ausländisches Kollisionsrecht zu befragen, ob es die Verweisung annimmt oder ob es zurück- bzw. weiterverweist. In diesem Abschnitt wird noch nicht auf das ausländische Kollisionsrecht zur Kaufmannseigenschaft eingegangen. Dies wäre in vielen Fällen auch schwierig, wenn nicht gar unmöglich festzustellen, da ausländisches Recht nur dann eine eigene Kollisionsnorm enthalten wird, wenn in seiner eigenen Rechtsordnung eine materielle Norm der gemeinten Art überhaupt besteht.

(1) Der personale Anwendungsbereich englischer Handelsbräuche

Verweist bei deutschem oder ausländischem Vertragsstatut die Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft an die Niederlassung auf englisches Recht, so ergeben sich besondere Schwierigkeiten, da das englische Recht den Begriff des Kaufmanns nicht kennt. Im Sprachgebrauch werden zwar die Ausdrücke "merchant" und "trader" verwendet, aber insoweit verhält es sich wie bei dem deutschen Wort "Händler". Die Kriterien sind in keinem Teil der Rechtsordnung festgelegt. Es sind keine Rechtsbegriffe, an die sich eine bestimmte Vorstellung knüpft.

Nach dem oben aufgestellten Grundsatz, das ausländische Recht möglichst weitgehend anzuwenden, auch wenn es den Begriff des Kaufmanns nicht unmittelbar kennt, ist danach zu suchen, ob es im englischen Recht eine der Kaufmannseigenschaft äquivalente Einrichtung gibt, an die ersatzweise angeknüpft werden könnte. Auch im englischen Recht gibt es "commercial law".[11] Eine we-

11) Encyclopaedia Britannica, Bd.VI, London 1959: "commercial law, a term used rather indefinitely to include those rules and principles which govern commercial transactions and customs".

sentliche Rechtsquelle dafür stellen die Handelsbräuche dar, wobei zwischen "customs", also den von den Gerichten schon anerkannten Gebräuchen, und "usages", d.h. den vor Gericht noch zu beweisenden Gebräuchen, unterschieden wird.[12] Dieses oft auf den lokalen Bereich begrenzte Handelsrecht findet im gewerblichen Geschäftsverkehr Anwendung und nicht unter Privatpersonen. Es wäre daran zu denken, die insofern im englischen Recht verwendeten Abgrenzungskriterien bei der Beantwortung der Frage nach der Kaufmannseigenschaft eines Engländers zu berücksichtigen. Kaufmann wäre dann derjenige, dem in England die Handelsbräuche zugemutet werden, und umgekehrt.

Für die Frage, welche Personen an diese Handelsbräuche gebunden sind,[13] sind vor allem zwei Kriterien maßgeblich. Dies ist zum einen der Bekanntheitsgrad des Brauches und zum anderen die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen der Vertragspartner. Für das Kennenmüssen ist von Bedeutung, wie nah der Geschäftspartner oder Händler mit dem Markt in Verbindung steht, dessen Handelsbrauch zu berücksichtigen sein soll. Diese beiden Kriterien bestimmen wechselbezüglich die Anwendung des englischen Handelsrechts. Je weniger ein Brauch bekannt ist, desto höhere Anforderungen werden an das Kennenmüssen gestellt und umgekehrt. Danach gilt z.B., daß eine Person, die von der Existenz des Handelsrechts nichts wußte, weil sie an diesem Markt nicht arbeitet,

---

12) Dazu: Wortley, RabelsZ 24 (1959), 259 (261). Wie Handelsbräuche entstehen, zeigt eindrucksvoll Richter Scott in: Lord Forres v. Scottish Flax Co. Lld. (1943) 2 All E.R. 366 (368).

13) Zum personalen Anwendungsbereich siehe mwNw: 12 Halsbury's Laws of England (1957), Nr.457 - 472. Im deutschen Recht ist die Geltung von Handelsbräuchen auf Geschäfte "unter Kaufleuten" beschränkt, § 346 HGB. In anderen europäischen Rechtsordnungen fehlen weitgehend Vorschriften über den personalen Anwendungsbereich. Dazu vgl. Sonnenberger, Verkehrssitten im Schuldvertrag (1970), Nr.146, S.196.

daran nicht gebunden ist.[14] Andererseits kann z.B. ein offensichtlicher Handelsbrauch auch bei nichthandelsmäßigen Verträgen berücksichtigt werden.[15]

Wie schon diese Beispiele zeigen, werden die Handelsbräuche und Gewohnheiten im englischen Recht so gehandhabt, daß von einer prinzipiellen Unterscheidung zwischen Handelsrecht und Zivilrecht, also einem dualistischen System, wie in Frankreich und in Deutschland, nicht gesprochen werden kann.[16] Demzufolge sind

---

14) Gabay v. Lloyd (1825) 3 B & C 793 = 107 E.R. 927 (928)

15) Gibson v. Small (1853), 4 Houses of Lords Cases, S.397 = 10 E.R. 516.

16) Dies ist auf eine spezielle geschichtliche Entwicklung zurückzuführen. Bis zum 17./18. Jahrhundert wurde in England strikt zwischen dem gemeinen Recht (common law) und dem Handelsrecht (law merchant, bzw. der sog. lex mercatoria) unterschieden. Letzteres galt für alle kaufmännisch arbeitenden Personen, besonders wenn sie Mitglieder der Gilden waren, und für Fälle mit Auslandsberührung. Als Rechtsquelle für Handelsrecht diente das römische Recht und insbesondere die von den Händlern und Kaufleuten entwickelten Handelsbräuche. Entsprechend gab es verschiedene Gerichtswege. Die Handelsgerichtsbarkeit lag in den Händen der Admiralität und war folglich unabhängig von der Krone. Im Laufe der Zeit verloren diese Gerichte immer mehr von ihrer Kompetenz zugunsten der königlichen Gerichte (Court of Westminster), die aber anfänglich nur das ihnen vertraute gemeine Recht auch auf Handelssachen anwandten. Erst im 18.Jahrhundert gelang es dank der wegweisenden Entscheidungen von Lord Mansfield, das kaufmännische Recht in der Form von Handelsbräuchen und Gewohnheiten in das gemeine Recht zu integrieren. Sie bildeten seitdem eine Einheit.
a.M.: Burin des Roziers, La distinction du droit civil et du droit commercial et le droit Anglais, Paris 1959, S.173, mit abl.Anm. von David, René, im Vorwort. Zur Entwicklung des englischen Rechts vgl. Lorenz, W., Vertragsschluß und Parteiwille (1957), S.23 ff.

./.

im englischen Handelsrecht keine Abgrenzungsmerkmale vorzufinden, die z.B. dem deutschen Kaufmann vergleichbar wären oder an die ersatzweise angeknüpft werden könnte. Nur die eher örtlich begrenzte Geltung der Handelsbräuche erfordert, auch auf die Ortsnähe der Personen zum betreffenden Markt abzustellen. Hingegen gilt das deutsche HGB gleichmäßig im Geltungsbereich des Grundgesetzes und die Kenntnis einer Partei vom Inhalt des HGB hat keinen Einfluß auf seine Anwendung.[17] Weil diese Kriterien zu verschieden sind von den im deutschen Recht maßgebenden Abgrenzungsmerkmalen, können die englischen Grundsätze zur Anwendung von Handelsbräuchen nicht im Rahmen der Sonderanknüpfung berücksichtigt werden.

(2) Der "consumer" des englischen Rechts

Während es in England kein separates Recht für den Handelsverkehr gibt, zeigt sich andererseits in der neueren Gesetzgebung die deutliche Tendenz, die Verbrauchergeschäfte gesondert zu regeln.[18] Es wäre daran zu denken, die insofern verwendeten Abgrenzungskriterien im Rahmen der Sonderanknüpfung bei Engländern zu berücksichtigen.

Aus dem Consumer Credit Act 1974[19] wird jedoch kaum ein ge-

---

7) Für den speziellen Fall des § 346 HGB, der unter Kaufleuten zur Anwendung von Handelsbräuchen führt, gelten auch im deutschen Recht dem englischen Recht vergleichbare Grundsätze. Dazu OLG Hamburg MDR 1975, 845 (846), wonach es zur Erstreckung eines örtlichen Handelsbrauches auf einen ausländischen Kaufmann einer besonderen Unterwerfung bedarf.

8) Eingeleitet wurde die Entwicklung durch den Hire-Purchase Act 1965, der regelnd in den Kreditverkehr eingriff. Ihm folgte der Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973, der gewisse Vertragsklauseln für unwirksam erklärt. Diese Gesetze wurden im wesentlichen abgelöst durch den Consumer Credit Act 1974 und den Unfair Contract Terms Act 1977.

9) in: 44 Halsbury's Statutes of England, 746

eignetes Kriterium gewonnen werden können, da das Gesetz im wesentlichen darauf abstellt, ob der Geschäftswert £ 5000 übersteigt oder nicht.[20] Geschützt werden nur die wertmäßig unter die Grenze fallenden Geschäfte. Dies gilt selbst dann, wenn der Kredit von Geschäftsleuten oder Handelsgesellschaften, die keine juristischen Personen sind (individuals), aufgenommen wird.[21] Eine solche objektive Abgrenzung kann nicht im Hinblick auf ein System übernommen werden, das etwa wie das deutsche Zivilrecht vorwiegend auf das subjektive Erfordernis der Kaufmannseigenschaft abstellt und bei dem der Geschäftswert keinen Einfluß auf die Anwendungsfrage hat.

Es erscheint eher möglich, auf den Unfair Contract Terms Act 1977[22] zurückzugreifen, denn dieses Gesetz definiert in s.12, was ein Verbrauchergeschäft (consumer-sale) ist. Bei Geeignetheit dieses Kriteriums wäre ein Engländer dann als Kaufmann zu qualifizieren, wenn das englische Recht ihn nicht als Verbraucher einstufte und umgekehrt. Eine solche Anwendung könnte gerade im Hinblick auf § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz angemessen sein, da in beiden Gesetzen im wesentlichen die gleiche Materie, nämlich das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt wird. Section 12 des Gesetzes nennt die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit auf der einen Seite des Vertrages ein Verbrauchergeschäft vorliegt. Danach darf auf der Verbraucherseite der Vertrag nicht im Rahmen eines Geschäftsbetriebs geschlossen sein, während dies für die andere Seite des Vertrages gerade erforderlich ist. Weiterhin muß der Geschäftsgegenstand, also die Waren, gewöhnlich für den privaten Gebrauch und Verbrauch bestimmt sein.

---

20) s.8 (2) des Gesetzes

21) s.8 (1) des Gesetzes

22) in: Lloyd's, Maritime and commercial law, 1978, 211; dazu, daß das Gesetz auch bei ausländischem Geschäftsstatut anwendbar sein kann, vgl. Wengler, Int.Privatrecht (1981), Bd.II, S.847, Fn 48, 3.Absatz.

./.

An dieser Definition fällt auf, daß nicht die Person des Verbrauchers als solche definiert wird, sondern es wird die Art des Geschäfts qualifiziert. Verbrauchergeschäft ist nicht ein Geschäft, das von einem Verbraucher vorgenommen wurde, sondern ein Geschäft im privaten Bereich über einen Gegenstand, der für den privaten Bereich vorgesehen ist. Ein solches Merkmal ist dem deutschen Recht nicht unbekannt, denn auch § 343 HGB erfordert mit umgekehrten Vorzeichen, daß ein Geschäft im Rahmen eines Handelsgewerbes vorgenommen wurde, um als Handelsgeschäft beurteilt zu werden. Das gleiche gilt für § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz. Während jedoch das englische Recht sich mit diesem Erfordernis begnügt, kennt das deutsche Recht die weitere Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft. Section 12 des englischen Gesetzes stellt sozusagen nur einen Teil der Erfordernisse des § 343 HGB und des § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetzes dar. Deshalb kann für den anderen Teil, nämlich die Kaufmannseigenschaft, nichts aus dem englischen Gesetz abgeleitet werden.

(3) Der "merchant" des amerikanischen Rechts

Die wichtigste gesetzliche Festlegung des amerikanischen Handelsrechts ist der "Uniform Commercial Code" (UCC).[23] In dem Abschnitt über die Kaufvorschriften, § 2 UCC, finden sich Normen, die für Kaufleute (merchants) gesonderte gesetzliche Regelungen mit sich bringen.

Zum einen gibt es Normen, die nur für die kaufmännische Partei gelten und ihr in der Regel besondere Pflichten auferlegen. So

---

23) Es handelt sich um Bundesrecht, das in den sechziger Jahren von allen Teilstaaten bis auf Louisiana als eigenes Recht angenommen wurde. Insofern ist es ausnahmsweise gerechtfertigt, von "amerikanischem" Recht zu sprechen und vom "amerikanischen" Begriff des Kaufmanns.

./.

ist nur die kaufmännische Seite an zugesicherte Eigenschaften[24] oder an ein unterzeichnetes schriftliches Angebot[25] gebunden, und nur der Kaufmann hat unter gewissen Voraussetzungen das Recht, selber verderbliche Waren auf Rechnung des Verkäufers zu veräußern.[26] Zum anderen gibt es Normen, die nur zwischen Kaufleuten gelten. Das gilt insbesondere für das kaufmännische Bestätigungsschreiben.[27] Auch geht das Recht auf Mängelrüge zwischen Kaufleuten verloren, wenn der Käufer auf Aufforderung des Verkäufers keine vollständige Mängelliste einreicht.[28]

Das wichtige Abgrenzungskriterium "merchant" ist in § 2-104 (1) UCC definiert. Danach können vier Alternativen zur Kaufmannseigenschaft führen, die allesamt auf die Kenntnis oder die Erfahrung der entsprechenden Personen hinsichtlich der Waren oder der Handelspraxis abstellen. Stets wird eine regelmäßige Tätigkeit im Rahmen eines Unternehmens nötig sein.[29]

---

24) § 2-314 (1) UCC

25) § 2-205 UCC

26) § 2-603 (1) UCC

27) § 2-201 (2) UCC

28) § 2-605 (1) (b) UCC. Dies könnte einmal für die sich im Vordringen befindliche Methode der Sonderanknüpfung der Mängelrüge interessant sein, die z.B. in Art.10 II des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (1980) vorgesehen ist.

29) Dazu ein New Yorker Gericht: "A merchant is one who engages in an economic enterprise on a systematic basis, not merely on isolated transaction", in: Newton-Walthan Bank and Trust Co v. Bergen Motors Inc., 327 N.Y.S. 2d 77 (N.Y.Civ.Ct., 1971) 68 Misc. 2d 228.

Nach der ersten Alternative ist eine Person Kaufmann, die mit den (beweglichen) Waren (goods),[30] die Gegenstand des Vertrages sind, Handel treibt. Nach der zweiten Alternative ist Kaufmann, wer vorgibt oder den Anschein erweckt, im Rahmen seiner Berufsausübung besondere Kenntnisse oder Erfahrungen von der Handelstätigkeit mit den vertragsgegenständlichen Waren zu haben. Nach der dritten Alternative muß sich der Arbeitgeber die entsprechenden Kenntnisse seiner Angestellten zurechnen lassen, und nach der vierten Alternative sind alle Zwischenhändler Kaufleute, die über ihre Berufsausübung eine gewisse Erfahrung haben oder einen solchen Anschein erwecken.

Am amerikanischen Begriff des Kaufmanns fällt auf, daß diese Eigenschaft nur hinsichtlich des ganz konkreten Rechtsgeschäfts festgestellt wird. Es gibt keine Kaufmannsqualität oder gar einen Status als Kaufmann. Die einzige Tätigkeit, für die die Kaufmannseigenschaft relevant ist, ist der Handel mit Waren.[31] Selbst die gleichen Geschäftspartner können je nach Vertragsgegenstand als Kaufmann anzusehen sein oder nicht.

Diese Unterschiede zum deutschen Recht machen es fraglich, ob der amerikanische Begriff die Funktion erfüllen kann, deretwegen die Sonderanknüpfung durchgeführt wurde. Sicher, es ist vorgesehen, daß nur der Berufserfahrene den strengen Regelungen des Sonderrechts unterworfen wird. Doch diese Erfahrung wird immer nur für einen kleinen Ausschnitt der Tätigkeit verlangt, und nur für diesen engen Bereich gilt das Sonderrecht.

) Eine Definition enthält § 2-105 (1) UCC

) Das erinnert an das Preußische Allgemeine Landrecht, dessen § 475 die Kaufmannseigenschaft auch nur auf Gewerbetreibende beschränkte, die den Handel mit Waren und Wechseln betrieben. Dazu vgl. oben S.11 ff. Deshalb ergeben sich schon die gleichen Einwände, die in Bezug auf den preußischen Begriff des Kaufmanns vorgetragen wurden, vgl. oben S.205.

./.

Im deutschen Recht führt der Kaufmannsbegriff zu einer viel weitergehenden Anwendung des Handelsrechts und gleichfalls zu einem entsprechend weitem Ausschluß des AGB-Gesetzes. So wäre z.B. der amerikanische Kohlenhändler hinsichtlich der Verträge mit seinen Zulieferern oder Abnehmern als Kaufmann anzusehen, nicht aber hinsichtlich des Kaufs eines Lastwagens, um die Kohlen zu befördern. Die geschäftsbezogene Definition des amerikanischen Begriffs hätte zur Folge, daß all die gewerblichen Tätigkeiten, die nicht aus dem Ankauf oder Verkauf von Waren bestehen, bei deutschem Vertragsstatut und der Beteiligung eines Amerikaners nie handelsrechtlichen Rechtssätzen unterlägen. Und der Kaufmann nach amerikanischem Recht würde für alle gerade nicht berufstypischen Geschäfte die Vorteile der Verbraucherschutzgesetze genießen.

Diese Unterschiede zur Kaufmannseigenschaft nach deutschem Recht sind zu groß, um den Begriff "merchant" bei deutschem Wirkungsstatut im Rahmen einer Sonderanknüpfung zu verwenden.

(4) Der "commerçant" des französischen Rechts

Das französische Recht verwendet den Begriff des "commerçant". Kaufmann ist, so sagt Art.1 c.com., wer in Ausübung seines Berufes gewöhnlich Handelsgeschäfte ausübt.[32] Dabei wird Bezug genommen auf die in den Art.632 ff c.com. aufgeführten Tätigkeiten, für die im Streitfall die Handelsgerichte (tribunaux de commerce) zuständig sind. Die Handelsgesellschaften sind Formkaufleute.[33]

---

32) Art.1 c.com.: "Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle."

33) Art.1 II des Gesetzes Nr.66-537 vom 24.7.1966

Bei deutschem Vertragsstatut erfordert - wollte man im Wege der Sonderanknüpfung die Frage der Kaufmannseigenschaft grundsätzlich dem französischen Recht unterstellen - die Äquivalenzprüfung einen Vergleich zum deutschen Begriff des Kaufmanns. Dabei zeigt sich eine deutliche Ähnlichkeit zwischen den Tätigkeitskatalogen des § 1 II HGB und des Art.632 c.com. So kennen beide Rechte den Kauf und Wiederverkauf von beweglichen Sachen. Das gleiche gilt z.B. für verschiedene Bankgeschäfte und Transportgeschäfte. Deutlich ähnlich sind auch die Anforderungen, die das französische Recht über das Kriterium "in Ausübung seines Berufes", Art.1 c.com., und das deutsche Recht über das Kriterium "Gewerbe", § 1 I HGB, an die Kaufmannseigenschaft stellen, denn Kaufleute können nur selbständige, auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung handelnde Personen werden.

Darüberhinaus hat der Umfang der Geschäftstätigkeit da wie dort Einfluß auf die Kaufmannseigenschaft. Das französische Recht benutzt dafür die Ausdrücke "opérations" und "entreprise", Art. 632 c.com., denn manche Tätigkeiten werden nur kaufmännische genannt, wenn sie häufig oder im Rahmen eines Unternehmens ausgeführt werden. Im deutschen Recht hat der Umfang der Geschäftsfähigkeit über das Merkmal "die einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern" Einfluß auf die Soll- und Minderkaufmannseigenschaft, §§ 2, 4 I HGB.

In beiden Rechtsordnungen werden gewisse Berufssparten von der Kaufmannseigenschaft ausgenommen. Das sind zunächst die Handwerker, wobei das französische Recht aber nicht wie das deutsche Recht zwischen Waren-, § 1 II Nr.1 HGB, und Lohnhandwerkern, § 1 II Nr.2 HGB, unterscheidet. Ob eine handwerkliche Tätigkeit vorliegt, bestimmen in beiden Rechten die gleichen Kriterien, wie eine vorwiegend manuelle Bearbeitung, die persönliche Mitarbeit des Unternehmers und die Beschäftigung von nur wenigen Angestellten. Im deutschen wie im französischen Recht werden von der Kaufmannseigenschaft die sog. freien Berufe ausgenommen, denen im wesentlichen die gleichen Berufsar-

ten wie Anwälte, Ärzte und Steuerberater zugeordnet werden. Gesondert behandelt werden jeweils auch die land- und forstwirtschaftlichen Betriebe, die prinzipiell nicht kaufmännisch sind, die allerdings nur im deutschen Recht bei umfangreicher Tätigkeit aus eigener Initiative mit einer Eintragung ins Handelsregister Kaufleute werden können, § 3 II HGB.

Eine weitere wichtige Gemeinsamkeit ist die Einrichtung von Handelsregistern. Die Eintragung hat allerdings unterschiedliche Rechtsfolgen. Im französischen Recht löst sie nur eine Vermutung aus, gegen die sich der Betroffene mit allen Beweismitteln wehren kann.[34] Im deutschen Recht ist die Eintragung nicht nur konstitutiver Teil für die Kaufmannseigenschaft nach den §§ 2, 3, 6 I HGB, sondern auch der fälschlich Eingetragene muß sich daran festhalten lassen, § 5 HGB. Im deutschen Recht kann schließlich der bloße Rechtsschein, § 5 HGB analog, zur Anwendung von Handelsrecht führen.[35]

Unterschiedliche Beurteilungen im Vergleich des französischen und deutschen Rechts können sich im wesentlichen nur daraus ergeben, daß das das deutsche Recht einen Sollkaufmann, § 2 HGB, kennt, und das französische Recht nicht. Häufig wird dieser Unterschied dadurch ausgeglichen, daß der Katalog des französischen Rechts weitere Tätigkeitsbereiche aufführt, die im deutschen Recht nicht ausdrücklich benannt werden. Im übrigen ist das französische System geeignet, neue Berufsarten als kaufmännisch einzustufen. Die Vielzahl der in Art.632 c.com. genannten Geschäfte erweckt den Eindruck einer abschließenden Aufzählung. Jedoch hat die Rechtsprechung im Wege der Analogie andere Gewerbearten dem Handelsrecht zugeordnet. Für eine ausdeh-

---

34) Roblot, Droit com. I (1980), Nr.233, S.144; vgl.auch oben S.21 Fn 1)

35) Zum Scheinkaufmann: Baumbach-Duden, HGB (1980), § 5 Anm.2, S.46

./.

nende Anwendung eignen sich besonders die Begriffe Fabriken (entreprise de manufactures) und Dienstleistungsbetriebe (entreprise de fournitures), weil sich diese Tätigkeiten nur sehr unscharf umreißen lassen. Somit können im französischen Recht auch ohne eine dem § 2 HGB vergleichbare Regelung neue Berufe als kaufmännisch eingestuft werden.

Die Kaufmannseigenschaft erfüllt im französischen wie im deutschen Recht eine im wesentlichen gleiche Funktion. Sie dienen der Abgrenzung zwischen bürgerlichem (droit civil) und Handelsrecht (droit commercial). Diese Aussage trifft auch für das französische Recht zu, obwohl im französischen System der Begriff "Handelsgeschäft" (acte de commerce) als Grundlage für die Anwendung des Sonderrechts dient. Jedoch wurde schon oben dargestellt, wie diese objektive Konzeption durch die Theorie vom Begleitgeschäft (a.d.c. par accessoire) praktisch in ein subjektives System verkehrt wurde.[36)] Deshalb ist es gerechtfertigt zu sagen, daß beide Begriffe funktionsäquivalent sind.

Der französische Begriff erfüllt somit die eingangs als Postulat aufgestellte Äquivalenzprüfung.[36a)] Führt somit bei deutschem

---

36) s.o. S.20 und S.184

36a) Der österreichische Begriff des Kaufmanns entspricht dem des deutschen Rechts, denn 1938 wurde das deutsche HGB von 1897 auch für Österreich in Kraft gesetzt und blieb bis heute im wesentlichen unverändert. Algerien hat mit Datum vom 26.9.1975 sein Handelsgesetzbuch novelliert. Dies erfolgte in deutlicher Anlehnung an den fr.d.com. und insbesondere auch an den französischen Begriff des Kaufmanns. Art.1 alg.c.com.1975 entspricht Art.1 fr.c.com.1807; der Katalog des Art.2 alg.c.com. ähnelt Art.632 fr.c.com.; Art.4 alg.c.com. ("Les obligations entre commerçants ...") ist eine gesetzliche Fixierung der französischen Theorie vom a.d.c. par accessoire. Das algerische Recht kennt die Pflicht zur Führung von Handelsbüchern (Art.9) und an die Eintragung in ein Handelsregister (Art.19 ff) knüpft sich die gleiche widerlegliche Vermutung für die Kaufmannseigenschaft einer Person, wie im fr.Recht. Somit ist der alg.Begriff des Kaufmanns auch dem des deutschen Rechts vergleichbar. Gleichfalls kennen das spanische und das portugiesische Recht gesondertes Recht für Kaufleute. Ähnlich wie im französischen Recht bezieht sich die Definition (jeweils Art.1 der Handelsgesetzbücher) im wesentlichen auf den Begriff Handelsgeschäft (jeweils Art.2).

Vertragsstatut eine Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft an die Niederlassung zu französischem Recht, kann der Franzose entsprechend dem ihm vertrauten Recht beurteilt werden. Dies gilt auch für den umgekehrten Fall nämlich, daß bei französischem Vertragsstatut sich die Frage stellt, ob ein deutscher Kaufmann nach dem deutschen Recht seiner Niederlassung beurteilt werden kann. Die sich im Einzelfall ergebenden Unterschiede sind hinzunehmen.[37)]

(5) Der "imprenditore" des italienischen Rechts

Im italienischen Recht ist der Begriff des "commerciante" mit der Einführung des neuen Codice Civile 1942 verschwunden.

Das alte Handelsgesetzbuch (codice di commercio) von 1882 definierte in Art.8 die Kaufmannseigenschaft und bezog sich auf den Katalog des Art.3 in dem in 24 Ziffern verschiedene Arten von Handelsgeschäften (atti di commercio) aufgezählt wurden. Diese Definition war der des deutschen und französischen Rechts vergleichbar. Da nun das heutige italienische Recht keine Kaufmannseigenschaft mehr kennt, kommt in Betracht, auf das alte Handelsrecht zurückzugreifen, also den codice di commercio wiederzubeleben. Daß ein altes Recht auch heute anzuwenden sein kann, ist z.B. für den ehelichen Güterstand von Flüchtlingen

37) So hat das LG Hamburg IPRspr.1958/59, Nr.22, 69 (71) hingenommen, daß im Hinblick auf den § 1027 II ZPO eine landwirtschaftliche Agrargenossenschaft mit Niederlassung in Frankreich nach anzuwendendem französischen Recht als Nichtkaufmann anzusehen ist. Die Genossenschaft wäre bei einer Niederlassung in Deutschland Kaufmann gemäß § 6 HGB iVm § 17 II Genossenschaftsgesetz. Auf das Urteil wird an späterer Stelle, nämlich wenn die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft speziell für das Prozeßrecht zu prüfen sein wird, eingegangen werden, s.u.S.247

./.

für gewisse Situationen anerkannt (Versteinerungstheorie).[38)]

Der Wiederbelebungsgedanke vermag jedoch nur einen Moment lang zu bestechen. Eine kollisionsrechtliche Verweisung darf immer nur zu einer lebenden Rechtsordnung führen,[39)] weil altes Recht die Veränderungen, die sich in der Gesellschaft vollziehen, nicht mehr berücksichtigt. Die Ausnahmen für die oben erwähnten Güterrechtsfälle finden ihren Grund darin, daß die Ehegatten durch die Flucht ins Ausland diese Veränderung nicht mehr mitvollzogen haben. Es ist bei dem Einfluß des alten Rechts geblieben. Das trifft im Falle der italienischen Gewerbetreibenden nicht zu. Der Italiener wird sich auf die heutigen Bedingungen eingerichtet haben. Er wüßte garnicht mehr, ob er nach altem Recht als Kaufmann zu beurteilen wäre. Diese Gründe lassen es nicht zu, auf das alte italienische Handelsrecht und den dort verwendeten Begriff des "commerciante" zurückzugreifen.

Dagegen kennt das italienische Zivilgesetzbuch von 1942 den Begriff des Unternehmens (impresa), dessen Inhaber als "imprenditore" bezeichnet wird. Nach Art.2082 c.civ. ist Unternehmer, wer berufsmäßig eine Wirtschaftstätigkeit ausübt, die dem Zwecke der Erzeugung oder des Austausches von Gütern oder Dienstlei-

---

) Die Entscheidung des BayObLGE 1959, 89 betrifft den Fall eines Volksdeutschen, der 1936 auf heute tschechoslowakischem Gebiet nach dem altösterreichischen gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung die Ehe schloß und in das Bundesgebiet flüchtete, bevor 1950 in der Tschechoslowakei der gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft eingeführt wurde. Das Gericht entschied, daß diese Gesetzesänderung unberücksichtigt bleiben müsse, da die Bindungen zum Heimatrecht aufgehoben seien, BayObLG, aaO, S.101 f.

) Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.261; vgl. aber: Knittel, W., Geltendes und nicht geltendes Auslandsrecht im IPR, Diss. München 1963

./.

stungen dient.[40] Erforderlich ist, daß diese Tätigkeit in einer gewissen Organisation ausgeübt wird. Der betriebswirtschaftliche Standpunkt steht im Mittelpunkt der Definition. Das Gesetz kennt auch einen Kleinunternehmer (piccoli imprenditori), Art.2083 c. civ. Das sind Unternehmer, bei denen die betrieblichen Mittel nicht so im Vordergrund stehen wie die eigene Tätigkeit.[41] An anderer Stelle, die Eintragungspflicht in ein Unternehmensregister betreffend, spricht das Gesetz sogar von kaufmännischen Tätigkeiten, vgl. Art.2196 c.civ. Diese Tätigkeiten sind in Art. 2196 c.civ. aufgezählt. Sie decken sich weitgehend mit der Definition des Unternehmers, allerdings ist der Austausch von Dienstleistungen nur dann eintragungspflichtig, wenn es sich um Transportgeschäfte, Bank- oder Versicherungstätigkeiten und die Begleitgeschäfte handelt.

Am Begriff des imprenditore fällt auf, daß nicht die Person des Unternehmers als solche, sondern das Unternehmen im betriebswirtschaftlichen Sinne im Mittelpunkt der Definition steht. Nicht die persönliche Erfahrung ist wichtig, sondern die Produktionsweise und die Einrichtung des Betriebsablaufs. Die Art der Tätigkeit ist unerheblich, denn fast alle gewerblichen Bereiche lassen sich unter dem Ausdruck "Produktion und Austausch von Waren- und Dienstleistungen" einordnen. So verwundert es nicht, daß selbst die freien Berufe[42] Unternehmen sein können, wenn

---

40) Luther-Becher, It.Zivilgesetzbuch (Übersetzung 1968), Art.2082

41) Zu diesen Personen gehören Bauern, Handwerker und Kleinkaufleute. Interessanterweise taucht an dieser Stelle versteckt der Begriff "commerciante" wieder auf. Er ist aber nicht vergleichbar mit dem alten Begriff, der eingehend definiert war und der im Mittelpunkt der Anwendung des Handelsrechts stand.

42) Im Hinblick auf das italienische Recht ist es angemessener, von geistigen Berufen (professioni intellettuali) zu sprechen, womit im wesentlichen jedoch die gleichen Tätigkeiten gemeint sind.

./.

sie nur über eine gewisse Organisationsform, z.B. ein größeres Büro, verfügen.[43] Somit ist der italienische Begriff des Unternehmers einerseits sehr viel weiter, weil wirklich alle Tätigkeitsbereiche erfaßt werden, andererseits ist er sehr viel enger, weil Gewerbetreibende, wie z.B. die Einzelhändler und Kommissionäre, die ihr Geschäft ohne entsprechende Organisation alleine betreiben, nie Unternehmer sein können. Der "imprenditore" des italienischen Rechts ist ein der Betriebswissenschaft entlehnter Begriff.

Neben diesen erheblichen Unterschieden hat der Begriff auch nicht die gleiche Funktion wie der Kaufmann des französischen und deutschen Rechts. An den Begriff Unternehmen lehnen sich vor allem Verpflichtungen öffentlichrechtlicher Art. Über Art. 2085 c.civ. wird der Einfluß des Staates auf die Richtung der Produktion und den Güteraustausch abgesichert. Der Begriff ist weiterhin Grundlage für Eintragungs-[44] und Buchführungspflichten.[45] Und schließlich kann nur ein Unternehmer in Konkurs fallen.[46] Wichtig ist, daß das italienische Recht keine Unterscheidung zwischen Handelsrecht und sonstigem Zivilrecht trifft. Somit hat der imprenditore auch nicht die Funktion, diese Abgrenzung zu vollziehen. Deshalb erwartet der italienische Unternehmer auch nicht, daß seine Eigenschaft Einfluß auf die Anwendung von gesondertem Recht haben könnte. Es besteht deshalb überhaupt keine Vertrauensposition, die im Rahmen einer Sonderanknüpfung geschützt werden könnte.

) Vgl. Art.2238 I c.civ. und Jayme, ZHR 142 (78), 105 (116, Fn 57a)
) Art.2188, 2195 c.civ.
) Art.2214 ff c.civ.
) Art.2221 c.civ. iVm Art.1 I des Gesetzes Nr.267 vom 16.3.1942

./.

Aus diesen Überlegungen kann nicht auf den italienischen Begriff "imprenditore" zurückgegriffen werden, wenn bei deutschem oder französischem Wirkungsstatut eine Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft auf italienisches Recht als dem Recht am Ort der Niederlassung weist. Auch ist eine modifizierte Anwendung des Begriffs, etwa in dem Sinne, daß ein Italiener jedenfalls nur dann Kaufmann sein kann, wenn er zugleich Unternehmer ist, nicht möglich, da dieses auf die Organisation bezogene Merkmal nicht in die Struktur des Anwendungssystems im deutschen und französischen Recht paßt.

d) Ersatzrecht

Die Untersuchung des englischen, amerikanischen, französischen und italienischen Rechts hat zum Ergebnis, daß von diesen Rechten lediglich das französische Recht einen Begriff kennt, der einer Äquivalenzprüfung zum deutschen Kaufmann stand hält. Es ist somit für Ausländer, die ihre Niederlassung in Frankreich haben, möglich, hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft auf französisches Recht abzustellen. Damit drängt sich die Frage auf, wie die Kaufmannseigenschaft eines Ausländers zu beurteilen ist, wenn das ausländische Recht keinen vergleichbaren Begriff zur Verfügung stellt.

Da, wie die obige Untersuchung zeigte, in den meisten Fällen auch eine modifizierte Anwendung des ausländischen Rechts nicht möglich sein wird, kommt in Betracht, auf Ersatzrecht zurückzugreifen, also auf eine andere als die zunächst maßgebliche Rechtsordnung.[47)]

47) Die Literatur geht nur sehr selten auf die Frage ein, wie zu verfahren ist, wenn es im ausländischen Recht den Begriff Kaufmann nicht gibt. Katholnigg möchte im Hinblick auf § 38 I ZPO prüfen, "ob die Position der ausländischen Prozeßpartei der eines Vollkaufmanns nach deutschem Recht entspricht", Katholnigg, BB 74, 395.

./.

Die Notwendigkeit, auf Ersatzrecht zurückzugreifen, ist in der Literatur vor allem für den Fall diskutiert worden, daß eine Hauptfrage nicht nach dem zunächst berufenen Recht gelöst werden kann.[48] Diese Situation kann etwa auftreten, weil eine solche Norm im ausländischen Recht nicht existiert oder aus praktischen Gründen vom Richter nicht festgestellt werden kann[49] oder weil der Anwendung des ausländischen Rechts der Grundsatz des o.p. entgegensteht. Die gleichen Schwierigkeiten können im Rahmen einer Vorfrage auftreten, wie sich am Begriff des Kaufmanns gezeigt hat, denn dieser Begriff ist vielen Rechtsordnungen unbekannt. Es kommt in Betracht, ersatzweise auf die lex fori zurückzugreifen. Dieser Lösungsweg ist weit verbreitet für den Fall, daß ausländisches Wirkungsstatut nicht feststellbar ist.[50] Von anderen wurde vorgeschlagen, in diesem Fall das nächstverwandte Recht anzuwenden.[51] Das empfiehlt sich besonders, wenn Vorbildrechtsordnungen existieren.[52] So kann in Ersetzung türkischen Zivilrechts auf schweizer Recht zurückgegriffen werden. Denkbar ist aber auch, allgemeine Rechtsgrundsätze vergleichbarer Rechtsordnungen anzuwenden.[53] So ist z.B. allen Rechtsord-

---

Kötz, RabelsZ 34 (1970), 663; Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.388

Gemäß § 392 ZPO hat der deutsche Richter sogar von Amts wegen fremdes Recht zu ermitteln. Nach englischer und amerikanischer Tradition haben die Parteien selber ausländisches Recht zu beweisen, so daß es öfter einmal vorkommen kann, daß das berufene Recht wegen mangelnder Feststellbarkeit nicht angewendet werden kann.

Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht (1974), § 116 III, S.601; Riezler, IZPR (1949), § 48, S.497 ; BGHZ 69 (1977), 387

Stein-Jonas/Schumann/Leipold (1969), § 293 Anm.IV, 2., S.1195; Thomas-Putzo, ZPO (1981), § 293 Anm.2 b, S.561

Kegel, IPR (1977), S.233

So Kötz, aaO (Fn 48), S.671

./.

nungen, die einen Kaufmannsbegriff kennen, gemein, daß sie Landwirte, auch wenn sie ihren Hof in einer einem Großbetrieb vergleichbaren Weise eingerichtet haben, nicht als Kaufleute einstufen. Diese Grundsätze z.B. auf einen englischen Landwirt angewandt, hätte dementsprechend zur Folge, daß auch er nicht als Kaufmann angesehen werden kann.

Es erscheint aber, jedenfalls für Vorfragen, auch denkbar zu sein, ersatzweise auf das Wirkungsstatut zurückzugreifen. Demzufolge wäre z.B. bei deutschem Vertragsstatut hinsichtlich der Beurteilung eines englischen Gewerbetreibenden zu fragen, ob diese Tätigkeit des Engländers, würde sie in Deutschland ausgeübt, als kaufmännisch bewertet würde.

Gegen die Anwendung der lex fori als Ersatzrecht für Vorfragen spricht, daß überhaupt keine Verbindung zwischen diesem Recht und dem Streitgegenstand besteht. Auch die früher weitverbreitete Auffassung, die lex fori als Generalrecht zu wählen und nur ausnahmsweise ausländisches Recht zuzulassen,[54] mit der Folge, daß bei Versagen des ausländischen Rechts wieder die Kompetenz der lex fori zufiele, ist zumindest wissenschaftlich überholt. Zudem störte eine lex fori-Regel die internationale Entscheidungsharmonie, denn es könnte vom Gerichtsstand abhängen, wie die Vorfrage zu beantworten wäre. Es ist auch nicht möglich, für die Vorfrage der Kaufmannseigenschaft auf Vorbildrechtsordnungen oder allgemeine Rechtsgrundsätze rechtsverwandter Staaten zurückzugreifen. Ein dem deutschen Recht vergleichbarer Begriff wird sich immer nur in Rechtsordnungen finden, die eine prinzipielle Unterscheidung zwischen bürgerlichem und Handelsrecht treffen.

---

54) Eine solche Auffassung wird sich gelegentlich noch in der amerikanischen Rechtsprechung finden: Foster v. Legget, 484 S.W. 2d 827, 829 (Ky. 1972): "The basic law is the law of the forum, which should not be displaced without valid reasons." Zur Auffassung Ehrenzweigs von der Aufgabe der lex fori als "residuary rule", Jayme, Gedächtnisschrift Ehrenzweig (1976), S.35 f.

./.

Hingegen scheint das Wirkungsstatut, also die lex causae, eher geeignet, als Ersatz zu dienen. Das Statut der Hauptfrage hat jedenfalls eine Beziehung zu der Streitfrage. Vermieden werden weitere Diskrepanzen, die dann auftreten können, wenn die ersatzweise anwendbare lex fori ihrerseits keinen zur lex causae äquivalenten Begriff zur Verfügung stellen kann.

Die Anwendung der lex causae in diesen Fällen läßt sich methodisch damit begründen, daß in dem Umstand, daß das ausländische Recht keinen entsprechenden Begriff kennt, eine versteckte Rückverweisung auf die lex causae liegt. Besser aber läßt sich die Maßgeblichkeit der lex causae damit rechtfertigen, daß in diesen Fällen eine Sonderanknüpfung überhaupt nicht geboten ist. Eine Sonderanknüpfung beruht auf dem Parteiinteresse des möglichen Kaufmanns, nach seinem ihm vertrauten Recht beurteilt zu werden. Dieses Interesse entfällt, wenn das ausländische Recht einen solchen Begriff nicht kennt und garnicht zwischen bürgerlichem Recht und Handelsrecht unterscheidet. In diesen Fällen ist ein Vertrauen darauf, generell entweder nach Handelsrecht oder nach allgemeinem Zivilrecht beurteilt zu werden, überhaupt nicht möglich. Eine Sonderanknüpfung entbehrte ihrer inneren Berechtigung.

Die noch offene Frage, wie nun das Recht des Wirkungsstatuts auf einen Ausländer anzuwenden ist, wie z.B. der Ausländer bei deutschem Wirkungsstatut im Falle des § 2 HGB dem Eintragungserfordernis genügen kann, wird zu prüfen sein, wenn die Anwendungsweise der lex causae-Regel zu untersuchen ist.

Der Umstand, daß ausländisches Recht häufig nicht angewendet werden kann, darf nicht dazu verleiten, eine Sonderanknüpfung generell abzulehnen. In allen Fällen, in denen das ausländische Recht einen äquivalenten Begriff kennt, dient die Sonderan-

./.

knüpfung dem Parteiinteresse des Ausländers und die Gewerbetreibenden dieser Rechtsordnungen sind schützenswert. Auf diese Rücksichtnahme muß nicht verzichtet werden, nur weil andere Rechtsordnungen einen entsprechenden Begriff nicht kennen. Die Gewerbetreibenden dieser anderen Rechtsordnungen werden ja auch nicht benachteiligt, da, wie oben festgestellt, gar kein Vertrauen existiert, das geschützt werden könnte, und somit die Sonderanknüpfung der inneren Berechtigung entbehrte.

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, daß bei einer Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft an die Niederlassung der dort verwendete Begriff des Kaufmanns oder ein ähnlicher Begriff nur angewendet werden kann, wenn er dem vom Wirkungsstatut verwendeten Begriff vergleichbar (äquivalent) ist. Andernfalls ist ersatzweise auf das Wirkungsstatut zurückzugreifen.

2. Unselbständige Anknüpfung

Wir beschäftigen uns nun mit dem Problem, wie das Wirkungsstatut, soweit es die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft betrifft, auf Ausländer anzuwenden ist.

Dabei ist, wie schon erwähnt, die Verwendung des Begriffs "Ausländer" nicht präzise genug. Eigentlich müßte genauer gefragt werden, wie das Wirkungsstatut auf Gewerbetreibende anzuwenden ist, die im Anwendungsgebiet des Wirkungsstatuts keine Niederlassung haben. Denn oft kann es besonders im europäischen Raum vorkommen, daß auch Ausländer im Inland eine Niederlassung besitzen. In diesen Fällen bereitet die Anwendung inländischen Rechts als Wirkungsstatut auf Ausländer mit Niederlassung im Inland keine Schwierigkeiten, da jeder Gewerbetreibende im Inland unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit auf die gleiche Weise verpflichtet und berechtigt ist und

./.

z.B. gemäß den Bestimmungen des deutschen Rechts ins Handelsregister eingetragen sein wird. Wenn im folgenden dennoch der kürzere Begriff "Ausländer" verwendet wird, so ist damit der Fall gemeint, daß ein Gewerbetreibender keine Niederlassung im Inland hat.

Positiv ausgedrückt, ergeben sich Anwendungsschwierigkeiten, wenn z.B. französisches Recht Vertragsstatut ist und der eine Vertragspartner lediglich eine Niederlassung in Deutschland hat oder wenn deutsches Prozeßrecht bei deutschem Gerichtsstand anzuwenden ist und die Wirksamkeit einer mit einem Südamerikaner geschlossenen formlosen Prorogationsvereinbarung zu prüfen ist. Daß es überhaupt dazu kommt, das jeweilige Wirkungsstatut auf statutsfremde Gewerbetreibende anzuwenden, kann auf zwei Gründen beruhen. Zum einen ist es vertretbar, mit der herrschenden Meinung in der französischen Literatur stets oder für spezielle Fälle eine Sonderanknüpfung abzulehnen; möglich ist aber auch, daß z.B. bei einer Niederlassung auf englischem Gebiet das englische Recht des Belegenheitsortes keinen im Hinblick auf den Kaufmann äquivalenten Begriff enthält und so auf die lex causae als Ersatzrecht zurückgegriffen werden muß.[1)]

Mit anderen Worten ist auf das Wirkungsstatut zur Beurteilung der Kaufmannseigenschaft eines Ausländers immer dann zurückzugreifen, wenn entweder generell einer lex causae-Regel zu folgen sein sollte oder wenn, sofern der Sonderanknüpfung grundsätzlich der Vorzug zu geben sein sollte, das angerufene Recht keinen äquivalenten Begriff kennt und deshalb ersatzweise die lex causae anzuwenden ist.

Es ergeben sich im Prinzip die gleichen Schwierigkeiten, gleichgültig, ob nun ausländisches oder deutsches Recht Wirkungsstatut ist. Im Rahmen dieser Arbeit soll aber nur untersucht werden, wie deutsches Wirkungsstatut auf statutsfremde Gewerbetreibende anzuwenden ist

---

1) vgl. oben S.228 ff.

./.

a) "datum"-Theorie

Die Anwendung der lex causae in diesen Fällen bedeutet aber nicht, daß auf fremde Gegebenheiten in keinem Fall Rücksicht genommen werden darf. Wie dies geschehen kann, ja sogar geboten erscheint, ist Inhalt der sog. "datum"-Theorie.[2] Dabei geht es darum, ausländische Rechtsregeln bei der Subsumtion der Tatbestandsmerkmale inländischer Sachnormen zu berücksichtigen. So ist z.B. bei einem Autounfall von zwei Deutschen deutsches Recht Deliktsstatut,[3] jedoch ist bei der Frage der Rechtswidrigkeit im Tatbestand des § 823 I BGB ausländisches Verkehrsrecht als "datum" zu berücksichtigen.[4]

Es wird unterschieden zwischen "moral data", gemeint sind Gegebenheiten, die Sitte, Brauch und Anstand betreffen, und "local data", also ortsgebundenen Regeln, wie insbesondere Vorschriften des ausländischen öffentlichen Rechts.[5] Die Berücksichtigung dieser data darf nicht dazu führen, in gewissen Fällen sogar die Rechtsfolgen dem ausländischen Recht zu entnehmen, denn es handelt sich nicht um eine kollisionsrechtliche Methode zur Bestimmung des anwendbaren Rechts, sondern vielmehr um eine Methode, die besagt, auf welche Weise inländische Normen auf Gegebenheiten ausländischer Rechtsregeln anzuwenden sind. Dabei ist zu beachten, daß ausländische data besonders im Rahmen von Generalklauseln und bei unbestimmten Rechtsbegriffen einer Berücksichtigung zugänglich sind.

---

2) Ehrenzweig, Private int.law I (1967), s.77 ff, S.83 ff und speziell für Vorfragen S.169 ff. Siehe auch Ehrenzweig/Jayme, Private int.law III (1975), s.344, S.9 ff. Zu Ehrenzweigs "datum"-Theorie: Jayme, Gedächtnisschrift Ehrenzweig (1976), S.35.

3) § 1 I RechtsanwendungsVO vom 7.12.1942 (RGBl.I S.706)

4) Vgl. Jayme, Gedächtnisschrift Ehrenzweig (1976), 35 (43)

5) Jayme, aaO (Fn 4), S.39 und S.49

./.

Statt jedoch lediglich auf das Verhältnis inländischen und ausländischen Rechts abzustellen, ist es besser, ganz allgemein von der Einwirkung statutsfremder Rechtsregeln auf das Wirkungsstatut zu sprechen, die "datum"-Theorie also allseitig anzuwenden, denn was für obiges Beispiel über das Verhältnis zwischen inländischem Deliktsrecht zu ausländischen Verkehrsvorschriften gesagt wurde, gilt entsprechend, wenn z.B. vor deutschen Gerichten französisches Deliktsrecht anzuwenden ist und sich der Unfall in einem Drittstaat ereignete. Bezogen auf die Kaufmannseigenschaft können ausländische Rechtssätze, insbesondere im Rahmen der unbestimmten Rechtsbegriffe der §§ 1 ff HGB als "datum" in den deutschen Kaufmannsbegriff Eingang finden. Denn ob ein Gewerbebetrieb eine nach "Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert", bestimmt sich auch nach den heimatlichen Notwendigkeiten. Zu einer vollkaufmännischen Einrichtung gehört z.B. eine kaufmännische Buchführung.[6)] Zwar wurde oben dargelegt, daß der italienische Begriff des "imprenditore" nicht als Ersatz für die Kaufmannseigenschaft bei deutschem oder französischem Recht herangezogen werden kann, dies schließt jedoch nicht aus, die nach italienischem Recht für Unternehmen bestehende Buchführungspflicht[7)] als Indiz für eine vollkaufmännische Einrichtung zu berücksichtigen.

Die Mußkaufmannseigenschaft nach § 1 II Nr.2 HGB setzt voraus, daß das Gewerbe nicht "handwerksmäßig" betrieben wird. Dafür ist u.a. symptomatisch die persönliche Mitarbeit des Inhabers[8)] oder von Familienmitgliedern. Auffallend und auf gemeinsamer

---

Baumbach-Duden, HGB (1980), § 2 Anm.2, S.39

Art.2214 I it.c.civ.1942

Baumbach-Duden, HGB (1980, § 1 Anm.9 A, S.37

./.

Rechtstradition beruhend, ist diesbezüglich die Ähnlichkeit zu der italienischen Definition der "piccoli imprenditori", die dasselbe Merkmal beinhaltet.[9] Folglich wird derjenige, der bei einer Niederlassung nach italienischem Recht als Kleinunternehmer angesehen wird,[10] häufig als Handwerker i.S. von § 1 II Nr. 2 HGB zu beurteilen sein. Sieht schließlich französisches Recht als Wirkungsstatut Beweisnachteile für den Fall vor, daß ein Kaufmann auf Anordnung des Gerichts seine Handelsbücher nicht vorlegt,[11] so ist bei einem Italiener die Vorfrage der Buchführungspflicht als "local datum" nach italienischem Recht zu beantworten.

Es kann keine allgemeine Regel geben, die festlegt, wann eine ausländische Rechtsregel unter ein Tatbestandsmerkmal einer inländischen Norm zu subsumieren ist. Es ist immer auf den Einzelfall abzustellen. So sieht z.B. s.8 (1) iVm s.189 des Consumer Credit Act 1974[12] vor, daß juristische Personen keinen Schutz bei Kreditvereinbarungen genießen. Diese "datum" könnte bei § 8 AbzG in dem Sinne berücksichtigt werden, daß Unternehmen, die das englische Recht als juristische Person einstuft, "eingetragene Kaufleute" iSd § 8 AbzG sind. Falsch wäre eine Anwendung der datum-Theorie in der Weise, daß man, etwa im Blick auf § 38 I ZPO prüft, ob dem Ausländer nach seinem heimatlichen Recht eine Prorogation erlaubt ist. Zu diesem Ergebnis könnte etwa eine Argumentation führen, die besagt, daß eine Person, deren heimatliches Recht sie nicht vor einer Prorogation schützt

---

9) Art.2083 it.c.civ.1942: "... un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia ..."

10) Dies ist nach außen durch eine fehlende Eintragung ins Handelsregister erkennbar, vgl. Art.2202 it.c.civ.1942.

11) vgl. Art.15 bis 17 fr.c.com.

12) vgl. oben S.215

./.

und deren Staat insoweit kein Interesse an ihrem Schutze zeigt, auch im Inland nicht weitgehender zu schützen ist, als es das heimatliche Recht selber wolle. Dies hätte nämlich zur Folge, daß prorogationsfähig wäre, wer nach seinem Heimatrecht Gerichtsstandsvereinbarungen treffen darf. Der Fehler liegt darin, daß die Rechtsfolgen der lex fori, als dem für Prozeßrecht anwendbaren Recht, nicht durch ausländisches Recht ersetzt werden dürfen. Nur bezüglich einzelner Elemente auf der Tatbestandsseite einer Norm können ausländische Gegebenheiten Einfluß haben.[13]

b) Kaufmannseigenschaft nach deutschem Recht für Ausländer

Soweit deutsches Recht auf Ausländer, d.h. genauer auf Gewerbetreibende, die keine Niederlassung im Inland haben, anzuwenden ist, muß die Fragestellung richtig herausgearbeitet werden. Es wäre möglich zu prüfen, ob die Tätigkeit und die Umstände der Berufsausübung "die Voraussetzungen der §§ 1 ff HGB erfüllen".[14] Doch bei dieser Fragestellung können Schwierigkeiten insoweit auftreten, als das deutsche Recht das formale Kriterium einer Eintragung ins Handelsregister voraussetzt, denn manche Länder werden ein solches Handelsregister gar nicht kennen. Besser ist zu fragen, ob die Tätigkeit, würde sie im Inland ausgeübt, die Kaufmannseigenschaft nach deutschem Recht zur Folge hätte.[15]

---

3) In diesem Sinne auch Jayme, Gedächtnisschrift Ehrenzweig (1976), 35 (45): "Sie (die data) dienen der Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale des anwendbaren Rechts, treffen aber keine Rechtsfolgeanordnung."

4) Jayme, ZHR 142 (1978), 105 (117 Fn 57a)

5) In diesem Sinne auch Katholnigg, BB 74, 395, der im Hinblick auf § 38 I ZPO prüft, "ob die Position der ausländischen Prozeßpartei der eines Vollkaufmanns nach deutschem Recht entspricht".

./.

(1) Mußkaufmann

Dabei ergeben sich keine größeren Probleme, wenn sich die Tätigkeit unter den Katalog der Grundhandelsgewerbe des § 1 II HGB subsumieren läßt. Diese Tätigkeiten führen zur Eigenschaft, "Mußkaufmann" zu sein, wobei sich diese Bezeichnung daher erklärt, daß dieser Personenkreis stets Kaufmann ist, also unabhängig von einer Eintragung in ein Register. Im übrigen wurde schon oben erwähnt, daß im Rahmen des § 1 II HGB ausländische Gegebenheiten z.B. dann, wenn im Katalog der Ausdruck "handwerksmäßig" verwendet wird,[16] als "datum" gegebenenfalls zu berücksichtigen sind. Weiterhin darf auch für die Mußkaufleute nicht übersehen werden, daß die Ausübung einer dieser Tätigkeiten für sich alleine noch nicht ausreicht, um die Kaufmannseigenschaft zu begründen; nötig ist die weitere iSd § 1 I HGB zum Ausdruck kommende Voraussetzung der Ausübung eines "Gewerbes". Dies setzt im wesentlichen eine auf Dauer angelegte Tätigkeit voraus, die der Gewinnerzielung dient[17] und selbständig betrieben wird.

(2) Sollkaufmann

In Bezug auf die "Sollkaufleute" des § 2 HGB stellt sich das Problem, wie die insofern konstitutiv wirkende Eintragung in das deutsche Handelsregister ersetzt werden kann.

Schlechtriem hat sich dafür ausgesprochen, daß abgesehen von der Kaufmannseigenschaft nach § 1 II HGB nur derjenige Ausländer

---

16) § 1 II Nr.2 HGB

17) So wohl die noch herrschende Meinung, vgl. mwN: Baumbach-Duden, HGB (1980), § 1 Anm.1 B, S.28; aM: Gierke-Sandrock, Handels- und Wirtschaftsrecht I (1975), S.114.

./.

als Kaufmann anzusehen sei, "der durch einen der Eintragung in das Handelsregister funktional vergleichbaren Akt eine dem deutschen Kaufmann entsprechende Sonderstellung im Rechtsverkehr erlangt hat".[18] Diese Aussage gibt zu drei Bemerkungen Anlaß. Zunächst erscheint es inkonsequent, über die Anwendung deutschen Rechts konkludent eine Sonderanknüpfung für Ausländer abzulehnen, und es dann dennoch bezogen auf § 2 HGB ausschließlich dem ausländischen Recht überlassen zu wollen, ob es die für erforderlich gehaltene Sonderstellung herausgebildet hat. Das läuft auf eine versteckte Anknüpfung an das Recht am Ort der Niederlassung hinaus. Soweit ein einer Eintragung in das deutsche Register funktional vergleichbarer Akt bezüglich § 2 HGB gefordert wird, ist Vorsicht geboten, denn Registereintragungen haben oft sehr unterschiedliche Auswirkungen. So würde es im Sinne Schlechtriems möglicherweise ausreichen, wenn der Gewerbetreibende in das italienische Handelsregister eingetragen ist. Doch diese Eintragung führt eben nicht zu einer vergleichbaren Sonderstellung im Rechtsverkehr, weil es kein gesondertes Handelsrecht gibt. Eine Sonderstellung bezüglich öffentlichrechtlicher Verpflichtungen kann einer Sonderstellung in Bezug auf gesondertes Privatrecht nicht gleichgesetzt werden. Und eine Eintragung in das französische Register bewirkt nur eine widerlegliche Vermutung für die Kaufmannseigenschaft[19] und ist keine Voraussetzung, um Kaufmann zu sein. Es ist somit nicht die Eintragung, die im französischen Recht zu einer Sonderstellung führt.

Man wird m.E. solche Umstände, wie eine Eintragung in ein ausländisches Unternehmensregister, nur als Indiz für eine Kaufmanns-

---

18) Schlechtriem, Festschrift Duden (1977), 571 (580)

19) Vgl. oben S.221

./.

eigenschaft nach § 2 HGB werten dürfen. Dabei ist im Einzelfall zu prüfen, welche einzelnen Voraussetzungen für eine Eintragung nötig sind und welche Folgen die Eintragung hat. Parallelitäten werden sich häufig nur für einzelne Merkmale ergeben und insoweit können ausländische Rechtsregeln berücksichtigt werden.

Der dritte Einwand beruht auf dem Umstand, daß ausländisches Recht häufig kein vergleichbares Register kennen wird. Schlechtriems Aussage führte zu der Konsequenz, daß z.B. alle Gewerbetreibenden aus dem englischen Rechtskreis, die keine Tätigkeiten i.S.d. § 1 II HGB ausüben und die keine Gesellschaften sind, nie Kaufleute im Hinblick auf § 24 AGB-Gesetz sein könnten. Schlechtriem nimmt die "damit bewirkte Erweiterung des Schutzes ausländischer Klauseladressaten im Vergleich zu deutschen Branchenkollegen" ausdrücklich in Kauf, weil "erhebliche Wettbewerbsverzerrungen wohl nicht zu befürchten sind".[20] Ich meine, das Gegenteil ist richtig. Wenn z.B. ein deutscher eingetragener Bauunternehmer mit einem englischen Kollegen anläßlich eines Vertrages die allgemeinen Geschäftsbedingungen austauscht, wäre, weil diese Berufstätigkeit vom Katalog des § 1 II HGB nicht erfaßt wird, das englische Unternehmen geschützt und das deutsche nicht. Dies führt, so meine ich, zu nicht hinnehmbaren Wettbewerbsverzerrungen. Besser ist, wie eingangs herausgearbeitet, zu fragen: wäre das Unternehmen, bei Ausübung der gleichen Tätigkeit in Deutschland als Kaufmann anzusehen. Damit wäre in derselben Branche die Wettbewerbsgleichheit abgesichert.

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß die Eintragung eine besondere Warnfunktion beinhaltet, wie etwa die Schrift-

---

20) Schlechtriem, aaO (Fn 18), S.580

./.

form vor einer unüberlegten Bürgschaftserklärung warnen soll, § 766 BGB. Dies ergibt sich aus einem Vergleich zu § 1 II HGB, denn nach dieser Vorschrift sind auch die Mußkaufleute Kaufleute, ohne auf diese Weise gewarnt worden zu sein. Weil somit die Eintragung keine Warnfunktion hat, erscheint es zumutbar, ausländische Gewerbetreibende iSd deutschen § 2 HGB als Kaufleute anzusehen, selbst wenn sie nicht registriert sind. Die Eintragung hat im wesentlichen Klarstellungsfunktion für die Öffentlichkeit. Daß dieser Zweck für Ausländer nicht erreichbar ist, darf nicht dazu führen, diesen Personenkreis im Inland branchenunüblich zu behandeln.

Für den besonderen Fall der Einschränkung der Rechtswahlmöglichkeit gemäß § 10 Nr.8 AGB-Gesetz möchte Schlechtriem für seine Aussage, nach der ausländische Kaufleute, sofern ein einer Eintragung vergleichbarer Akt nicht vorliege, keine Sollkaufleute sein könnten, eine Einschränkung machen.[21] Dies hätte in der Weise zu geschehen, daß über den Wertungsspielraum des § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz zu berücksichtigen sei, daß die fremde Rechtsordnung keine Eintragungsnotwendigkeit kenne. Somit soll wohl auch der in kein Register eingetragene Ausländer für den speziellen Fall des § 10 Nr.8 iVm § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz Kaufmann sein können.[22]

Dies erscheint richtig, wenn es auch, wie gesagt, besser wäre, das im Hinblick auf § 10 Nr.8 AGB-Gesetz Ausgesagte ganz allgemein bei der Anwendung des § 2 HGB auf Ausländer zu beachten.

---

21) Schlechtriem, aaO, S.580

22) Schlechtriem, aaO, S.580

./.

(3) Minderkaufleute

Ein besonderes Problem bereitet die Minderkaufmannseigenschaft nach § 4 HGB. Für die Anknüpfungsfrage ist wichtig, welche Funktion diese Eigenschaft hat, wenn sie in deutschen Sachnormen vorkommt. Sie dient zum einen dazu, diesen Personenkreis von einigen besonders strengen Vorschriften des HGB auszunehmen, § 351 HGB. Dahinter steht die Vorstellung, daß diese Gewerbetreibenden weniger erfahren sind als die übrigen Kaufleute, so daß ihnen besonders eingreifende Sonderregelungen nicht zugemutet werden. Das gilt auch für die Möglichkeit, vor Gericht wirksame Vereinbarungen über einen Erfüllungsort oder einen Gerichtsstand[23] zu treffen.[24] Dagegen sind auch die Minderkaufleute vom Schutz des AGB-Gesetzes, jedenfalls des wesentlichen Teils dieses Gesetzes, ausgenommen.[25] [25a]

---

23) Kropholler, AWD 70, 497, der schon im allgemeinen, jedenfalls bei § 38 I ZPO, deutsches Recht auf Ausländer anwenden will, unterstreicht dies besonders bzgl. § 4 HGB. Diese Aussage ist die Folge seiner auf die Annahme einer "versteckten Kollisionsnorm" hinauslaufenden Argumentation, vgl. Kropholler, aaO, S.497 Fn 3.

24) Dazu, daß die in den §§ 351 HGB, 29 II, 38 I ZPO enthaltenen Bezugnahmen auf § 4 I HGB keine "versteckten Kollisionsnormen" sind, vgl. oben S. 114.

25) Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz (1978), § 24 Rdn.15, S.630

25a) Die Minderkaufmannseigenschaft wird möglicherweise auch für das internationale Konkursrecht erheblich werden. Art.10 des Entwurfs eines Konkursübereinkommens der EG-Staaten von 1980 erlaubt den Mitgliedsstaaten weiterhin die Sonderbehandlung von nichtkaufmännischen, kleinunternehmerischen und ähnlichen Konkursen. So ist im fr.Recht der Konkurs auf Kaufleute beschränkt (vgl. Art.1 des Gesetzes Nr.67/563 vom 13.7.1967). Entsprechend ist im it.Recht der Konkurs auf Unternehmer beschränkt, die keine Kleinunternehmer (zum Begriff vgl. oben S.225) sind, Art.2221 it.c.civ.1942. Zum Entwurf vgl. Thieme, RabelsZ 45 (1981), S.459 ff (zu Art.10 auf S.473) mit Quellennachweisen in den Fußnoten 1, 12 und 13.

./.

Bei der Anwendung des § 4 HGB auf Ausländer ist zu beachten, daß allein Ausländer, die iS von § 1 II HGB als Mußkaufleute anzusehen sind, auch Minderkaufleute sein können. Das ergibt sich daraus, daß das gleiche Kriterium, das über § 2 HGB zur Sollkaufmannseigenschaft führt, mit verkehrtem Vorzeichen die Minderkaufmannseigenschaft zur Folge hat. Somit kann ein Gewerbetreibender in keinem Fall sowohl Soll- wie auch Minderkaufmann sein. Inwieweit die Qualifizierung des italienischen Rechts, "piccoli imprenditori" zu sein, im Rahmen des § 4 HGB zu berücksichtigen sein kann, wurde schon oben erwähnt.[26] Bezüglich der Minderkaufmannseigenschaft ist noch der Sonderfall zu beachten, daß eine Sonderanknüpfung dazu führen kann, daß das ausländische Recht zwar einen äquivalenten Begriff für die Kaufmannseigenschaft bereithält, selber aber keine § 4 HGB vergleichbare Regelung trifft.[27] So kennt das französische Recht zwar den Begriff "commerçant", nicht aber einen "petit commerçant". Auch in diesem Fall muß § 4 HGB als Ersatzrecht[28] dienen. Jedoch

---

26) Vgl. oben S.236

27) Daß dies häufig der Fall sein wird, darauf hat für die damalige Zeit schon Melchior, Grundlagen (1932), S.152 hingewiesen. Dies diente Melchior als ein Argument gegen eine Sonderanknüpfung.

28) Ersatzrecht, das bedeutet, daß bei einer Sonderanknüpfung grundsätzlich auch das Recht am Ort der Niederlassung über die Minderkaufmannseigenschaft befindet. Die Begriffe Vollkaufmann und Minderkaufmann sind aufeinander abgestimmt, so daß es nicht sinnvoll wäre, sie nach verschiedenen Rechtsordnungen zu beurteilen. Ohne jedoch Gründe zu benennen, treten für eine Anknüpfung der Minderkaufmannseigenschaft an die Niederlassung ein: Diena, Trattato I (1900), S.101 Fn 1; Geiler, in: Düringer-Hachenburg-Geiler, HGB I (1930), S.39; HGB-Großkommentar/Brüggemann I (1967), Allgem.Einl., Rdn 41, S.24. Diese Autoren gehen allerdings nicht auf die Frage ein, wie zu verfahren sei, wenn das statutsfremde Recht den Begriff nicht kennt.

./.

ist Vorsicht bei der Anwendung geboten. § 4 HGB möchte vor allem die Handwerker und die Kleingewerbetreibenden von der Kaufmannseigenschaft ausnehmen. Insofern ist bei der Beurteilung eines Franzosen zu beachten, daß im französischen Recht der Begriff Handwerker (artisan) ganz generell dazu dient, diesen Personenkreis von der Kaufmannseigenschaft auszunehmen.[29] Er kann, gleichgültig welche Tätigkeit er ausübt, nicht Kaufmann werden.[30] Da sich nun beide Handwerkerbegriffe deutlich ähneln,[31] wäre es widersinnig zu sagen, daß ein Gewerbetreibender, da er Handwerker ist, kein Kaufmann iSd französischen Rechts sein kann, und in einem anderen Fall eine Person, deren Kaufmannseigenschaft nach französischem Recht bejaht würde, über § 4 HGB als Minderkaufmann zu qualifizieren. Deshalb ist die französische Bewertung als artisan im Rahmen des § 4 HGB als "datum" zu beachten, mit der Folge, daß der Kaufmann nach französischem Recht nicht zugleich Minderkaufmann z.B. im Hinblick auf § 351 HGB sein kann.

Erwähnt sei in diesem Zusammenhang, daß der Begriff Vollkaufmann kein gesetzlich festgelegter Begriff ist, er dient in der Literatur nur dazu, ein Sammelbegriff für alle Kaufleute zu sein, die keine Minderkaufleute sind.

(4) Formkaufleute

Sogenannte "Formkaufleute" sind über § 6 HGB die Handelsgesellschaften und juristischen Personen des Handelsrechts. Für die

---

29) Vgl. den bis 1953 gültigen § 4 I HGB aF: "... finden auf Handwerker sowie Personen, deren Umfang nicht über den Umfang eines Kleingewerbes hinausgehen, keine Anwendung".

30) Jauffret, Dalloz, Rép.com., v. commerçant (1972), Nr.12

31) vgl. oben S.221

./.

offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) ist Voraussetzung, daß sie ein Handelsgewerbe betreiben. Sie sind dann Kaufleute gemäß § 6 I iVm §§ 105 I, 161 II HGB. Nur auf Grund ihrer Rechtsform sind Kaufleute gemäß § 6 II HGB die Aktiengesellschaft (AG), § 3 AktG, die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaAG), § 278 III AktG, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), § 13 III GmbHG, und die Genossenschaft, § 17 II GenG.

In Bezug auf ausländische Gesellschaften ist rechtsvergleichend zu prüfen, ob sie einer der genannten Gesellschaftsformen entsprechen. Für eine solche "rechtsvergleichende Qualifikation" hat sich auch Schlechtriem ausgesprochen,[32] wobei die fehlende Eintragung kein Hindernis sein kann, sie als Kaufleute anzusehen. Insofern gelten die gleichen Grundsätze wie zu § 2 HGB.

(5) Kannkaufleute

Die land- und forstwirtschaftlichen Unternehmungen sind die einzigen Gewerbetreibenden, denen es freisteht, Kaufleute zu werden, § 3 II HGB. Geht es folglich um die Beurteilung eines englischen Farmers, wird die Frage, wie die Tätigkeit einzuordnen ist, schwer zu lösen sein. Es empfiehlt sich eine rechtsvergleichende Qualifikation. Da Landwirte nach französischem Recht keine Kaufleute sind und das italienische Recht sie stets als Kleinunternehmer[33] einstuft, können sie m.E. regelmäßig nicht als Kaufleute angesehen werden. Etwas anderes kann z.B. für amerikanische Großfarmer gelten. Doch wäre es nicht richtig, die

---

32) Schlechtriem, aaO (Fn 18), S.580

33) Art.2083 it.c.civ.1942: "i coltivatori diretti del fondo"

./.

ihnen nach § 3 II HGB überlassene Wahl noch im Streitfalle zuzugestehen. Dagegen könnten sich Anhaltspunkte für eine solche Wahl schon aus den davorliegenden vertraglichen Beziehungen ergeben, soweit die übrigen Voraussetzungen des § 3 II HGB erfüllt sind.

(6) Scheinkaufleute

Vollkaufleuten gleichgesetzt werden häufig die sog. "Scheinkaufleute". Auch sie sind z.B. aus dem Schutzbereich des § 24 AGB-Gesetz ausgenommen[34] und der eingetragene Scheinkaufmann ist prorogationsfähig im Sinne des § 38 I ZPO.[35]

Im Hinblick auf den Kaufmann kraft Eintragung, § 5 HGB, wird man den Ausländer, der in ein dortiges Register eingetragen ist, nicht dem in das deutsche Handelsregister Eingetragenen gleichsetzen können, weil eine solche Eintragung häufig nicht die gleiche Wirkung hat wie im deutschen Recht. So bewirkt die Eintragung in das französische Register nur eine widerlegliche Vermutung.[36] Es kann somit keinen französischen Scheinkaufmann kraft Eintragung geben.

Bei der Scheinkaufmannseigenschaft kraft Auftretens, § 5 HGB analog, ergeben sich besondere Probleme, denn es kann vorkommen, daß sich ein Ausländer als Kaufmann iSd deutschen Rechts

---

34) Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz (1978), § 24 Rdn 15, S.630

35) Thomas-Putzo, ZPO (1981), § 38 Anm.2 a) aa), S.92; Stein-Jonas/Leipold, ZPO (1977), § 38 Rdn 4, S.6. Das OLG Frankfurt MDR 75, 232 befand, daß sogar der nicht eingetragene Scheinkaufmann an eine Prorogationsabrede gebunden sei.

36) Vgl. oben S.221

./.

aufführen wird, ohne sich dessen bewußt zu sein. Das kann z.B. geschehen, wenn eine französische Agrargenossenschaft mit einem entsprechenden Zusatz in ihrer Firma in Deutschland für den Absatz ihrer Produkte Anzeigen verbreitet. Der inländische Verkehr wird die Genossenschaft auf Grund ihrer Firma und der sich aus § 17 II GenG ergebenden Erwartung als Kaufmann ansehen,[37] obwohl sie nach französischem Recht nicht kaufmännisch ist.[38] Das fehlende Verschulden schützt den Ausländer nicht, denn bei der Scheinkaufmannseigenschaft handelt es sich um eine Art Gefährdungshaftung, die verschuldensunabhängig ist.[39] Geschützt wird aber insofern nur der gutgläubige Verkehr. Bezüglich der Kaufmannseigenschaft wird der inländische Verkehr auf den Schein oft schon deshalb nicht vertrauen können, weil die Fremdheit des Namens oder die Auslandsbelegenheit der Niederlassung Tatsachen sind, die dem Schein zuwiderlaufen. Ob und wie im übrigen der inländische Verkehr zu schützen ist, wird im Rahmen der Verkehrsschutzproblematik zu erörtern sein. Jedenfalls ist es m.E. nicht möglich, Ausländer, die sich unbewußt als Kaufleute iSd deutschen Rechts gerieren, als Scheinkaufleute zu qualifizieren.

(7) Eingetragener Kaufmann

Eine Besonderheit eigener Art ist der "eingetragene Kaufmann"

---

37) § 6 II HGB iVm Art.17 II GenG

38) Vgl. oben S.224 Fn 37

39) Baumbach-Duden, HGB (1980), § 5, Anm 2 D, S.46

./.

des § 8 AbzG.[40] Der Gesetzgeber hat sich damit nicht unmittelbar an die Begriffe der §§ 1 ff HGB angelehnt, sondern lediglich ein Merkmal, das verschiedenen Typen von Kaufleuten gemeinsam ist, in den Mittelpunkt der Abgrenzung gestellt.[41] "Eingetragener Kaufmann", das werden regelmäßig alle Vollkaufleute sein, denn sie sind verpflichtet, die Eintragung herbeizuführen.[42]

---

40) Zu beachten ist, daß § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz einen anderen Maßstab verwendet, denn ungeschützt bleiben auch Minderkaufleute, Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz (1978), § 24 Rdn 15, S.630. Ungeschützt bleibt nach § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz nur der geschäftliche Verkehr, während § 8 AbzG den eingetragenen Kaufmann auch im privaten Bereich ungeschützt läßt.

41) Zur Kritik an diesem Umstand mit dem Hinweis, daß ein nichteingetragener Kaufmann, der nicht gerade Minderkaufmann ist, gemäß § 38 I ZPO einen Gerichtsstand auch im privaten Bereich frei vereinbaren kann, dies jedoch bei Abzahlungsgeschäften und Leasing-Verträgen auch im geschäftlichen Bereich gem. § 6 a I AbzG iVm § 40 II Satz 1 ZPO unzulässig sein kann, Scholz, MDR 74, 969 (972).

42) Das formale Kriterium hat Klarstellungsfunktion im Rechtsverkehr, deshalb kommt es auf die konkrete Schutzbedürftigkeit nicht an. Aus diesem Grunde hat es der BGH abgelehnt, § 8 AbzG auf bestimmte Käuferkreise, deren wirtschaftliche Stellung Vollkaufleuten vergleichbar ist, entsprechend anzuwenden (BGHZ 15, 241 = NJW 1955, 139 und bestätigend BGH NJW 77, 1632 (Rechtsanwalt)). Andererseits kann sich der (noch) eingetragene Minderkaufmann nicht auf das AbzG berufen. Offen ist die Frage, ob der pflichtwidrig (§ 29 HGB) nicht eingetragene Vollkaufmann nach § 1 II HGB den Schutz des Gesetzes genießt. Dies wird man aus der Zielsetzung des Abz-Gesetzes verneinen müssen; so auch Westermann in: Münchener Kommentar III/1 (1980), § 8 AbzG, Rdn 4, S.520. Der Klarstellungsfunktion wird genügt, wenn jedenfalls der eingetragene Kaufmann aus dem personalen Schutzbereich ausgenommen ist.

Im Hinblick auf die Anwendung auf Ausländer hat Jayme vorgeschlagen, "den ausländischen Verkäufer dann als Kaufmann anzusehen, wenn er ein Handelsgewerbe iSd § 1 II HGB ausübt und deshalb eintragungsfähig wäre".[43] Das ist, so meine ich, nicht ganz richtig. Zunächst kommt es nicht auf die Eigenschaft des Verkäufers, sondern auf die des Käufers an, denn er wird ja der Empfänger der Waren sein. Zum anderen sollte nicht darauf abgestellt werden, ob der Ausländer "eintragungsfähig" wäre. Nach deutschem Recht ist ein Gewerbetreibender, der ein sog. Grundhandelsgewerbe betreibt, § 1 II HGB, ohne, und dies ist hinzuzufügen, Minderkaufmann iSd § 4 HGB zu sein, nicht nur "eintragungsfähig", sondern sogar eintragungspflichtig, wie sich aus den §§ 4 I, 29 HGB ergibt.[44] Lediglich eintragungsfähig ist der Landwirt des § 3 II HGB, den man aber gerade nicht einem eingetragenen Kaufmann gleichsetzen darf.[45] So muß auch bzgl. des Ausländers gefragt werden, ob er, bei Ausübung der gleichen Tätigkeit im Inland, nach deutschem Recht "eintragungspflichtig" wäre. Schließlich ist nicht einzusehen, weshalb Jayme die Ausländer, die nach Maßgabe obiger Kriterien z.B. Sollkaufleute iSd § 2 HGB sind, nicht mit einbezieht, mit der Folge, daß diese Gruppe weitergehend geschützt ist als ihre deutschen Branchenkollegen. Insofern gilt das schon für die Sollkaufleute Ausgeführte.

Da bezüglich der Beurteilung von Ausländern aufgrund der Verschiedenheit der Handelsregisterrechte die Klarstellung, die mit § 8 AbzG beabsichtigt ist, nicht erreicht werden kann, ist m.E. eher auf die Funktion des § 8 AbzG zu achten und es ist danach

---

43) Jayme, ZHR 142 (1978), 105 (117, Fn 57a). Zu Jayme vgl.schon oben S. 196 ff.

44) Baumbach-Duden, HGB (1980), § 29, Anm 1 C, S.144

45) siehe oben S.245

./.

zu fragen, durch welche Kriterien, abgesehen von dem formalen Erfordernis der Eintragung, sich der "eingetragene Kaufmann" von anderen Kaufleuten unterscheidet. Neben den Handelsgesellschaften und juristischen Personen des Handelsrechts sind eintragungspflichtig die Mußkaufleute des § 1 II HGB, die nicht Minderkaufleute sind, sowie die Sollkaufleute, § 2 HGB. Den beiden letztgenannten Kaufleuten ist gemein, daß sie ein Gewerbe ausüben müssen, das, und so gleichlautend § 2 und § 4 I HGB, letzterer allerdings mit umgekehrten Vorzeichen, "nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert". Die Art der Tätigkeit ist folglich im Hinblick auf § 8 AbzG völlig unerheblich, denn liegt obiges Erfordernis vor, besteht stets eine Eintragungspflicht. Deshalb kann es in Bezug auf Ausländer nicht erheblich sein, ob sie nun gerade ein Grundhandelsgewerbe iSd § 1 II HGB ausüben.

In Bezug auf § 8 AbzG ist somit, wie eingangs formuliert, zu fragen, ob die Tätigkeit, in Deutschland ausgeübt, zu einer Eintragung in das Register geführt hätte. Und das ist für alle kaufmännischen Gewerbetreibenden der Fall, die gemäß obigen Kriterien iSd deutschen Rechts als Kaufleute anzusehen sind, ohne Minderkaufleute zu sein.

./.

V. Internationalprivatrechtliche Interessen

Ob der selbständigen Anknüpfung an die Niederlassung oder der unselbständigen Anknüpfung der Vorzug zu geben ist, wird letztlich davon abhängen, welcher Weg den berührten "internationalprivatrechtlichen Interessen"[1] gerechter wird. Dieser Begriff fußt auf dem Gedanken, daß IPR wie auch sonstiges Privatrecht der Gerechtigkeit zwischen Einzelnen dient. Nur geht es im IPR nicht darum, das abstrakt gerechteste Recht anzuwenden, sondern das räumlich beste.[2] Recht wird in der Gesellschaft gelebt, und erst die Kenntnis von diesem Recht und die Vertrautheit mit seinem Umgang schafft die Beziehung, die das heimatliche Recht als das für die Person beste erscheinen läßt. Auf dieses Interesse ist im IPR Rücksicht zu nehmen. Es werden sogar häufig mehrere Beziehungen bestehen und es wird folglich mehrere Interessen geben, die zu berücksichtigen sind. In diesem Fall ist es Aufgabe des Kollisionsrechts, zwischen diesen Interessen abzuwägen.

Nun ist in der kollisionsrechtlichen Lehre nicht unstreitig, welche Interessen von Kollisionsnormen zu berücksichtigen sind und wie sie zu gewichten sind. Kegel hat eine Dreiteilung in Partei-, Verkehrs- und Ordnungsinteressen vorgeschlagen.[3] Im Parteiinteresse liege es, wenn der Mensch, abgesehen vom Inhalt der verschiedenen Rechtsordnungen, nach der Rechtsordnung beurteilt werde, mit der er eng verbunden sei,[4] dem Verkehr werde gedient, wenn man leicht und sicher gehe[5] und von den verschiedenen Ordnungsinteressen sei nur das Interesse an einem äußeren und inneren Entscheidungseinklang erwähnt.

---

1) Dazu überzeugend: Kegel, IPR (1977), S.54 ff
2) So Kegel, aaO, S.54
3) Kegel, aaO, S.56 ff
4) Kegel, aaO, S.56
5) Kegel, aaO, S.58

./.

Diese Einteilung hat Kritik erfahren.[6] Die Natur jeder "Interessenjurisprudenz" verleite dazu, die handgreiflicheren Einzelinteressen überzubewerten.[7] Folglich hat Neuhaus verschiedene Maximen der Anknüpfung aufgestellt.[8] Neben den formalen Kriterien, wie Eindeutigkeit der Kollisionsregel, Durchsetzbarkeit im Ausland, Vorhersehbarkeit der gerichtlichen Entscheidung, internationale und interne Entscheidungsharmonie, gibt es materiellrechtliche Maximen, wie das Interesse des Staates an der Anwendung seines eigenen Rechts, Interessen der Beteiligten und sog. "objektiven Interessen",[9] wobei sich unter dem letzten Begriff die von anderen als Verkehrsinteressen bezeichneten Anliegen verbergen.

Ohne strikt der einen oder anderen Einteilung der internationalprivatrechtlichen Interessen folgen zu wollen, ist zu untersuchen, welcher der beiden Anknüpfungswege den verschiedenen Interessen, die berührt werden, gerechter wird.

1. Parteiinteresse

Untersuchen wir zunächst die Frage, welche Interessen der zu beurteilenden Partei, also des potentiellen Kaufmanns, bei der Anknüpfungsfrage zu beachten sind. Diese Interessen werden als Parteiinteresse bezeichnet.

---

6) Neuhaus, RabelsZ 25 (1960), 375 (377 ff)

7) Neuhaus, aaO, S.378

8) Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.160 ff

9) Neuhaus, aaO, S.168

./.

Der Vertrauensschutz einer Partei nimmt im deutschen Kollisionsrecht eine beachtliche Stellung ein. Er ist schon lange im Personenrecht anerkannt, denn die Rechts- und Geschäftsfähigkeit, der Namen der Person, die Familien- und Erbrechtsverhältnisse, dies alles wird im Grundsatz nach dem personalen Recht geregelt.

Zunehmend wird dieses Interesse auch mit bislang nicht üblichen Sonderanknüpfungen berücksichtigt. Eine Partei, deren personale Rechtsordnung ihr keine Pflicht auferlegt, etwa auf Angebote antworten zu müssen, wird darauf vertrauen, daß ohne eine ausdrückliche Willenserklärung kein Vertrag zustande kommt. Diese Position wurde als schützenswert empfunden und eine Sonderanknüpfung des Schweigens im Rechtsverkehr bejaht.[1] Die Entwicklung strebt aus einer ähnlichen Interessenslage zu einer Sonderanknüpfung der Untersuchungs- und Rügepflicht.[2]

Eine Sonderanknüpfung wird im IPR des Schuldrechts recht häufig geboten sein. Als Folge der Rechtswahlfreiheit[3] kann es vorkommen, daß auch im Inland ausländisches Recht maßgeblich ist. Im Inland ist man aber weniger skeptisch und vorsichtig gegenüber unbekanntem Recht. Der Grenzübertritt, der Sprach- und Mundartwechsel, die fremde Währung sind dagegen im Ausland eine ständige Warnung, die auf die Fremdheit der Rechtsordnung hinweisen. Eine im Parteiinteresse erfolgte personale Anknüpfung ermöglicht beides, nämlich ohne größeres Risiko umherreisen zu können und auch zu Hause vor Überraschungen eines fremden Rechts geschützt zu sein. Bezogen auf die Kaufmannseigenschaft schützt eine personale

---

1) BGHZ 57, 72 = NJW 72, 391

2) Vgl. etwa Art.10 Ziff.2 des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (1980). Danach ist das Recht des Staates, in dem die Erfüllung erfolgt, zu berücksichtigen; dazu vgl.unten S. 288. Grundsätzlich a.A. noch BGH WM 1973, 1236 (1237).

3) Auf die Beschränkung gem. § 10 Nr.8 AGB-Gesetz ist hinzuweisen.

./.

Anknüpfung das Interesse des Gewerbetreibenden, nach seinem eigenen Recht beurteilt zu werden. In diesem Sinne ist die eigene Rechtsordnung diejenige, mit der er durch die Berufsausübung verbunden ist.

a) Materiellrechtliche Interessen

Aus der Sicht der zu beurteilenden Person ergeben sich beachtliche materiellrechtliche Interessen, die für sie eine Sonderanknüpfung als die günstigste Lösung erscheinen lassen. Auf das Recht am Ort der Niederlassung hat sich der Gewerbetreibende eingestellt und der Betrieb ist im Hinblick auf diese Rechtsordnung eingerichtet. So wird ein Kaufmann sein Geschäft ständig besetzt halten müssen, um z.B. unverzüglich i.S.d. § 377 I HGB rügen zu können. Nur ein Kaufmann wird gegebenenfalls gemäß § 379 II HGB zum Notverkauf schreiten müssen, will er sich nicht ein, den Haftungsumfang einschränkendes Mitverschulden anrechnen lassen müssen. So ist es für den Gewerbetreibenden von großem Interesse, nur dann als Kaufmann angesehen zu werden, wenn er nach dem Ortsrecht der Niederlassung Kaufmann ist.

Auch bei einer Verkehrung obiger Vertragssituation hat der Gewerbetreibende ein Interesse, darauf vertrauen zu dürfen, daß er Kaufmann bleibt, wenn das Ortsrecht der Niederlassung ihn so einstuft, denn dann kann er damit rechnen, daß seine Ware im Falle des § 377 I HGB als genehmigt gilt, wenn nicht unverzüglich gerügt wird. Auch darf er damit rechnen, daß durch den Notverkauf verderblicher Ware, die nicht einwandfrei den Erfüllungsort erreichte, sein Ausfall nicht allzu groß sein wird.

Dies sind Beispiele dafür, wie der Kaufmann seinen Betrieb wird einrichten müssen, um den Erfordernissen des Handelsrechts nachkommen zu können. Umgekehrt wird eine Person, auf die regelmäßig kein Handelsrecht anzuwenden ist, keine entsprechenden Vorkehrungen treffen.

./.

Es sind aber nicht nur diese äußeren Einrichtungen, die zu einer Schutzbedürftigkeit vor wechselnder Kaufmannseigenschaft führen. Wichtiger noch ist die persönliche Erfahrung des Gewerbetreibenden im Rechtsverkehr. Diese Erfahrung wird im wesentlichen durch den täglichen Umgang mit Handelsrecht geprägt. Das französische Recht sagt, Kaufmann ist, wer Handelsgeschäfte ausführt und dies als gewöhnlichen Beruf betreibt.[4] Es ist somit erst der regelmäßige Umgang mit dem Handelsrecht, der die Kaufmannseigenschaft zur Folge hat. Im Extremfall kann die lex causae-Regel aber dazu führen, daß, abweichend vom Recht am Ort der Niederlassung,eine Person nur bezüglich eines einzelnen Auslandsgeschäfts als Kaufmann zu qualifizieren sein kann. Das aber läuft der Definition des Kaufmannsbegriffs zuwider, die im Grunde auf einen regelmäßigen Umgang mit handelsrechtlichen Geschäften abstellt.

Auch die deutsche Definition des Kaufmanns verlangt über den Begriff Gewerbe, daß die Tätigkeit des Handelnden auf eine Vielzahl von Geschäften gerichtet sein muß.[5] All dies zeigt, daß die Erfahrung, an die gedacht ist, wenn von einem Kaufmann die Rede ist, geprägt wird durch die ständige Übung im handelsrechtlichen Verkehr. Um dies zu beurteilen, ist ein Blick auf die Niederlassung,also eine Sonderanknüpfung notwendig. Die lex causae-Regel vermag im Konfliktsfall diese Interessen des Kaufmanns jedenfalls im Prinzip nicht zu berücksichtigen. Nur unter Umständen ist ein Eingehen auf heimatliche Gegebenheiten über die "datum"-Theorie bei der Subsumtion unter die unbestimmten Rechtsbegriffe der materiellrechtlichen Definition des Kaufmannsbegriffs möglich. Dies wird jedoch nur sehr selten durch-

---

4) Art.1 fr.c.com., s.o.S.220 Fn 32)

5) Baumbach-Duden, HGB (1980), § 1 Anm 1 A, S.28

./.

führbar sein, da z.B. im englischen Recht sich wenige Äquivalenzen anbieten. Deswegen ist jedenfalls aus der Sicht des möglichen Kaufmanns eine Anknüpfung an die Niederlassung dringend geboten.

Allerdings wird ein Gewerbetreibender, der regelmäßig seine Geschäfte im Ausland verfolgt, sich auf dieses Recht eingerichtet haben. Er wird auch über eine entsprechende Erfahrung verfügen, so daß jedenfalls aus dem Aspekt des Parteiinteresses eine Sonderanknüpfung nicht geboten sein könnte. Dennoch wird sich in dieser Situation in der Regel kein Anknüpfungsproblem ergeben, da es für diesen Gewerbetreibenden häufig schon aus betriebswirtschaftlichen Gründen notwendig sein wird, eine Zweigniederlassung zu unterhalten, an die gegebenenfalls anzuknüpfen sein wird.[6)]

b) Relativer Vertrauensschutz

Es sind noch einige Überlegungen notwendig zu der Art und Weise, in der eine Sonderanknüpfung den Schutz des Gewerbetreibenden gewährleistet. Der individuelle Vertrauensschutz kann verschieden stark ausgestaltet sein. Die oben erwähnten Sonderanknüpfungen z.B. des Schweigens im Rechtsverkehr oder der Untersuchungs- und Rügepflicht[7)] führen zu einem absoluten Vertrauensschutz. Der Begünstigte ist nicht zu mehr verpflichtet, als er es nach seiner eigenen Rechtsordnung wäre.[8)] Dagegen führt eine Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft nur zu einem relativen Vertrauensschutz.

---

6) Vgl. oben S.180 f

7) Vgl. oben S.253

8) Insoweit besteht eine Parallelität zu dem Grundsatz der Personalität der frühmittelalterlichen Stammesrechte, vgl. oben S.37 ff.

Dieser Begriff soll an einem Beispiel erläutert werden. Die Inverzugsetzung erfordert nach französischem Zivilrecht die formalisierte Zustellung eines Schreibens z.B. durch den Gerichtsvollzieher (sommation).[9] Nur im Handelsrecht genügt ein einfacher Brief.[10] Letzteres gilt auch im deutschen Recht, das diesbezüglich nicht zwischen bürgerlichrechtlichen oder Handelsgeschäften unterscheidet. Ein absoluter Vertrauensschutz bedeutete, daß sich der nach dem Recht seiner französischen Niederlassung nicht kaufmännische Gewerbetreibende selbst bei deutschem Vertragsstatut nur dann als in Verzug befindlich betrachten müßte, wenn auch die diesbezügliche Voraussetzung des französischen Rechts, also die "sommation", erfüllt ist. Hingegen führt der relative Vertrauensschutz nur dazu, daß der Franzose, da Nichtkaufmann, wenigstens nicht die Fälligkeitszinsen des § 353 HGB zahlen muß, jedoch den einfachen Brief als verzugsbegründend hinnehmen muß, da das BGB dies akzeptiert. Rechtsordnungen mit einem dualistischen System kennen die Trennung des allg.Zivilrechts und des Handelsrechts. Das Sonderrecht für den Handel ist strenger ausgestaltet, stellt höhere Anforderungen an die Beteiligten, setzt eine gewisse Erfahrung voraus und schützt kaum den Schwachen. Es besteht jeweils ein erheblicher Unterschied im Regelungsniveau. Dagegen sind die Unterschiede zwischen den materiellen Sachnormen der jeweiligen Ebene zweier Staaten weniger gravierend. Der relative Vertrauensschutz als Folge der Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft bewirkt, daß dem Nichtkaufmann wenigstens nicht die strengen Rechtsfolgen einer anderen Rechtsordnung zugemutet werden. Dagegen muß er sich an den Rechtsfolgen des allgemeinen Zivilrechts festhalten lassen, auch wenn

---

9) Art.1139 c.civ.

10) Ferid, Französisches Zivilrecht I (1971), S.249

./.

sie,gemessen an der eigenen Rechtsordnung,im Einzelfall strenger sein mögen. Und der kaufmännische Inhaber einer Niederlassung kann sich darauf verlassen, sich weiter im Rahmen des Sonderrechts bewegen zu können.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß der Gewerbetreibende ein erhebliches materielles Interesse daran hat, hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft nach dem ihm vertrauten Recht beurteilt zu werden. Dieses Parteiinteresse kann nur über eine Sonderanknüpfung an die Niederlassung erreicht werden.

2. Verkehrsschutz

Der vorhergehende Abschnitt galt der Frage, welche Interessen der Gewerbetreibende, dessen Kaufmannseigenschaft in Frage steht, daran hat, nach dem ihm vertrauten Recht der Niederlassung beurteilt zu werden. Nun wenden wir uns der Frage zu, welche Interessen sein Vertragspartner an der Beurteilung seines Gegenübers hat, inwieweit dieses Interesse schützenswert ist und auf welchem Weg dies gegebenenfalls erreicht werden könnte.

Dieser Vertragspartner des potentiellen Kaufmanns könnte eigentlich jeder sein. Die Frage ist von allgemeiner Bedeutung, sie berührt die Verkehrssicherheit des inländischen Geschäftsverkehrs. Kollisionsnormen, die dieses Interesse schützen, können als Verkehrsschutzregeln bezeichnet werden. Während das Interesse des fraglichen Kaufmanns als Parteiinteresse bezeichnet wurde, geht es im folgenden um das internationalprivatrechtliche Interesse des Verkehrsschutzes.

Die Schwierigkeit, die sich im inländischen Verkehr stellt, besteht darin, daß er den von seiner ausländischen Niederlassung aus agierenden Gewerbetreibenden hinsichtlich seiner Kaufmannseigen-

./.

schaft nur schwer beurteilen kann, wenn insoweit auf das Recht der ortsfremden Niederlassung abgestellt wird. Damit ist aber auch offen, ob auf das Rechtsverhältnis die Sachnormen des bürgerlichen Rechts oder des Handelsrechts anzuwenden sind und inwieweit die Verbraucherschutzgesetze eingreifen. Wegen dieser Auswirkungen der Kaufmannseigenschaft auf das materielle Recht könnte ein besonderer Schutz des inländischen Verkehrs geboten sein; ja es könnte sogar erforderlich sein, primär eine Anknüpfungsregel zu wählen, die dem Schutzgedanken Rechnung trägt.

Schwierigkeiten kann aber nicht nur die Beurteilung des Ausländers machen, dieses Problem kann auch auftreten, soweit es um die Eigenschaft der eigenen Person geht, denn ist z.B. französisches Recht Vertragsstatut, mutet die lex causae-Regel dem deutschen Geschäftsverkehr zu, seine Kaufmannseigenschaft nach französischem Recht einzuschätzen. Diese Auswirkung wird von denjenigen übersehen, die etwa die Anknüpfungsfrage isoliert im Hinblick auf Verbraucherschutzgesetze lösen wollen. Die Verkehrsschutzproblematik muß mit Blick auf alle Teilbereiche des Rechts gelöst werden.

Allgemein ausgedrückt hat der Verkehr im rechtsgeschäftlichen Bereich ein Interesse daran, sich leicht und sicher bewegen zu können.[1] Die Rücksichtnahme auf dieses Interesse hat an verschiedenen Stellen des deutschen Kollisionsrechts seinen Niederschlag gefunden. Bewährt hat sich die Regelung des Art.7 III EGBGB,[2] mit der die Beteiligten inländischer Verkehrsgeschäfte geschützt werden. Sie müssen sich nicht darum kümmern, welchen Inhalt das ausländische Recht hat, sie können sicher sein, daß bei Erfüllung der Voraussetzungen, die das inländische Recht an die Geschäftsfähigkeit stellt,

---

1) Kegel, IPR (1977), S.58: "Dem Verkehr ist gedient, wenn man leicht und sicher geht."

2) Eine Art.7 III EGBGB vergleichbare Regelung enthält Art.17 II disp.prel. it.c.com.1942. Im französischen Recht gelten die gleichen Grundsätze gemäß der auf den Fall "Lizardi", D.861.1.193, aufbauenden Rechtsprechung.

das Geschäft wirksam geschlossen ist. Das Verkehrsinteresse wird auch zukünftig im IPR berücksichtigt werden, worauf die entsprechende Regelung des Art.11 des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (1980) hindeutet. Etwas versteckter wirkt sich der Verkehrsschutz bei der Anknüpfung der Vollmacht von kaufmännischen Hilfspersonen aus. Es läge im Interesse des Vollmachtgebers, sein eigenes personales Recht anzuwenden, da er dann weiß, inwieweit er durch die Hilfskraft verpflichtet werden kann. Dagegen wird nach überwiegender Meinung die Vollmacht an den Ort der gewerblichen Niederlassung[3)] oder genauer nach dem Recht am "Gebrauchsort"[3a)] angeknüpft. Dies liegt im Interesse des Verkehrs, denn an diesem Ort werden die meisten Publikumsgeschäfte getätigt. Interessant ist, wie dieses Beispiel zeigt, daß auch einmal aus Gründen des Verkehrsschutzes an die Niederlassung angeknüpft werden kann. Der Verkehrsschutz findet heute zunehmend seinen Ausdruck in der Zahl der auch im grenzüberschreitenden Verkehr unabhängg vom Vertragsstatut geltenden nichtdispositiven Normen. Ein Beispiel dafür ist der § 12 AGB-Gesetz. Im Parteiinteresse läge es, das ausländische Recht seiner Wahl möglichst ungestört zur Anwendung zu bringen. Dem inländischen Verkehr ist gedient, wenn er auch in diesem Fall geschützt wird. Dem hat Art.12 AGB-Gesetz den Vorzug gegeben. Hierbei verbindet sich das Parteiinteresse des inländischen Verkehrs mit dem Interesse des Staates, sein Recht durchzusetzen. Ein solches Interesse kann auch eine "Maxime" der Anknüpfung sein, worauf u.a. Neuhaus hingewiesen hat.[4)] Der Staat hat ein Interesse, daß seine verkehrsregelnden Vorschriften im Inland möglichst gleichmäßig angewendet werden.

Wie diese Beispiele zeigen, fällt dem Verkehrsschutz im deutschen Kollisionsrecht eine gewichtige Rolle zu. Das ist auch bei der An-

---

3) Kegel, aaO, S.58

3a) BGHZ 43 (1964), 21 (26)

4) Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.167

./.

knüpfung der Kaufmannseigenschaft zu beachten. Es hat keinen Sinn, für die Kaufmannseigenschaft eine Regel aufzustellen, die dieses Interesse nicht berücksichtigt, denn gerade die Kaufmannseigenschaft wirkt sich in einem Lebensbereich aus, der auf die Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs angewiesen ist.

Im Verlauf der Untersuchung wird zunächst zu konkretisieren sein, welche materiellen Interessen sich an die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft eines Ausländers knüpfen,und ob diese Interessen so stark sind, daß eine Verkehrsschutzregelung notwendig ist. Anschließend wird zu fragen sein, inwieweit eine lex causae-Regel oder eine Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft dieses Interesse stört und ob es gegebenenfalls Möglichkeiten gibt, auf diese Interessen einzugehen.

a) Notwendigkeit einer Verkehrsschutzregelung

Die Notwendigkeit einer Verkehrsschutzregelung hängt von zwei Voraussetzungen ab. Zum einen muß ein berechtigtes materielles Interesse des inländischen Verkehrs bestehen. So müssen für den Inländer nennenswerte Vor- oder Nachteile aus der fraglichen Kaufmannseigenschaft des Ausländers erwachsen können. Zum anderen muß der Personenkreis auch in personeller Hinsicht schutzbedürftig sein. Das ist z.B. der Fall, wenn ihm obiges Beurteilungsproblem nicht zumutbar ist. Für die Untersuchung dieser Fragen ist es nützlich, zwischen dem kaufmännischen und dem nichtkaufmännischen Verkehr im Inland zu unterscheiden.

(1) Nichtkaufmännischer Verkehr

Wenden wir uns zunächst dem nichtkaufmännischen Verkehr zu und hier wiederum der Frage, inwieweit dieser Kreis aus personenbezogenen Gründen schutzbedürftig ist.

./.

(a) Personale Schutzbedürftigkeit

Eine erste Wertung ergibt sich aus den Sachnormen des materiellen Rechts. Der deutsche Gesetzgeber hat mit seiner Entscheidung für die Aufteilung des Zivilrechts in Bürgerliches Recht und Handelsrecht zum Ausdruck gebracht, daß er einen Teil der Bevölkerung für nicht so erfahren hält, daß er ihm eine Gruppe von Normen zumuten will, die besonders eingreifende Rechtsfolgen haben, wenn der Geschäftspartner nicht genügend vorsichtig ist, nicht genügend schnell agiert, nicht genügend initiativ ist. Diese Wertung kommt auch in den Verbraucherschutzgesetzen zum Ausdruck, die mit ihrem besonders eingreifenden Teil nur auf den nichtberufserfahrenen und geschäftlich ungeübten Teil der Bevölkerung anzuwenden sind. Der Verbraucher darf schon mal, objektiv gesehen, einen Fehler machen und ist dennoch geschützt. Diesem Teil der Bevölkerung wird man kaum die schwierige Aufgabe zumuten können, einen ausländischen Gewerbetreibenden richtig nach dem Recht seiner Niederlassung zu beurteilen. Der Inländer hat jedenfalls im Regelfall überhaupt nicht die Möglichkeit, aus eigener Initiative dieses Problem zu lösen. Besonders schützenswert ist das Vertrauen desjenigen, der nicht mit ausländischem Recht rechnen muß. Das ist, soweit es die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit betrifft, häufig der Fall, da schon oft nicht erkannt werden kann, ob der Vertragspartner ein Ausländer ist, und noch öfter unerkannt bleibt, welche Staatsangehörigkeit er besitzt. Bei einer Regel, die für die Kaufmannseigenschaft auf das Recht am Ort der Niederlassung abstellt, ist eine solche ungetrübte Vertrauensposition jedenfalls dann nicht gegeben, wenn die Niederlassung bekannt ist. Dies wird regelmäßig der Fall sein, denn der Kaufmann handelt von seiner Niederlassung aus und es ist die Niederlassung, an die sich seine Kunden wenden. Die Kenntnis von der Auslandsbelegenheit der Niederlassung ist ein Indiz auf die Einflußmöglichkeit ausländischen Rechts. Doch dieser Umstand

./.

steht der Feststellung einer Schutzbedürftigkeit nicht entgegen. Denn selbst bei Kenntnis der Maßgeblichkeit des ausländischen Rechts wäre es der Bevölkerung im allgemeinen nicht möglich, ausländisches Recht anzuwenden. Im übrigen schützt auch Art.7 III EGBGB den Verkehr ohne Rücksicht auf die Gutgläubigkeit des Inländers. Wie verhält es sich, wenn die Auslandsbelegenheit der Niederlassung unbekannt bleibt? Insofern kommt es zunächst auf die Relevanz der Kenntnis der Niederlassung an. Diese Kenntnis ist zunächst besonders wichtig für die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft, denn ob eine in § 1 II HGB aufgeführte Tätigkeit ausgeübt wird, das kann nur mit Blick auf die Niederlassung beurteilt werden. Und nur so kann bezüglich § 2 HGB erkannt werden, ob der Umfang der Geschäftstätigkeit eine kaufmännische Buchführung erfordert. Die Kenntnis der Niederlassung ist auch mit Blick auf § 343 HGB von Interesse, denn es handelt sich nur dann um ein "Handelsgeschäft", wenn der Vertrag in den Rahmen der kaufmännischen Berufsausübung fällt, und diese Frage kann nur über die Kenntnis des Geschäftsbetriebes beantwortet werden.

Besonders wichtig ist die Kenntnis der Niederlassung im Bereich des Kleingewerbes. Bei Gesellschaften wird man schon aus dem Firmenzusatz die Kaufmannseigenschaft erkennen können.[5] Bei großen Unternehmungen ist die Anknüpfung an die Niederlassung oft nicht entscheidungserheblich, da meist die Kaufmannseigenschaft nach allen in Betracht kommenden Rechtsordnungen vorliegen wird. Gerade aber im Kleingewerbebereich ergeben sich auch die häufigsten Unterschiede in der Beurteilung zwischen den beteiligten Rechtsordnungen. Allerdings kann es nicht nur im internationalen Bereich vorkommen, daß die Niederlassung unbekannt

---

5) Für das deutsche Recht: § 6 HGB iVm den Spezialgesetzen. Für das französische Recht: § 1 I des Gesetzes Nr.66-537 vom 24.7.1966.

bleibt. Dies ist genauso im inländischen Verkehr möglich. Insofern ergeben sich dann für den Nichtkaufmann die gleichen Beurteilungsprobleme. Deshalb scheint für den grenzüberschreitenden Verkehr ein zusätzlicher Schutz bei Nichtkenntnis der Niederlassung nicht nötig zu sein.

Dennoch, und dies kann zunächst festgehalten werden, kann dem inländischen nichtkaufmännischen Verkehr nicht zugemutet werden, den ausländischen Gewerbetreibenden nach den Regeln seiner Niederlassung zu beurteilen. Der inländische Nichtkaufmann ist somit in persönlicher Hinsicht schutzbedürftig und schutzwürdig.

(b) Materiellrechtliches Interesse

Die nächste Frage wird sein, welche materiellen Vor- und Nachteile für den nichtkaufmännischen Inländer von der möglichen Kaufmannseigenschaft des Ausländers abhängen.

(aa) Sachnormen des Handelsrechts

Die naheliegendste Auswirkung hängt mit der Anwendung bzw. der Nichtanwendung von Handelsrecht zusammen. Dabei darf in der Regel davon ausgegangen werden, daß der Nichtkaufmann ein Interesse daran hat, daß sich seine Rechtsverhältnisse nach bürgerlichem Recht regeln. Die Anwendung des Sonderrechts für den Handel setzt eine gewisse Erfahrung voraus, die im nichtkaufmännischen Verkehr nicht vorliegt. Entgegen dem in § 345 HGB aufgestellten Prinzip des "einseitigen" Handelsgeschäfts enthalten die meisten Sachnormen weitere zusätzliche Anforderungen, die, wie z.B. der Ausdruck "unter Kaufleuten" zeigt, zur Folge haben, daß diese Normen nur bei sog. "beiderseitigen" Handelsgeschäften anwendbar sind.[6] Insoweit kann es für den inländischen Nichtkauf-

6) Dazu vgl. oben S.110 Fn 1)

./.

mann gleich sein, ob der Ausländer Kaufmann ist, da es in jedem Fall bei bürgerlichem Recht bleibt.

Die Voraussetzungen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts durchzieht auch durchwegs die prozeßrechtlichen Vorschriften, die in ihrem Tatbestand den Begriff Kaufmann verwenden.[7] Auch hier ist somit die Eigenschaft des ausländischen Gewerbetreibenden für den inländischen Nichtkaufmann unbedeutend.

Dagegen ist die Eigenschaft des Ausländers bei den einseitigen Handelsgeschäften erheblich. Ist der Ausländer Kaufmann, muß er sich stets an diesen Normen festhalten lassen.[8]

Um die materiell erheblichen Auswirkungen zu beurteilen, ist auf den Inhalt dieser Normen einzugehen. Diese wenigen verbleibenden Sachnormen für einseitige Handelsgeschäfte stellen vor allem höhere Anforderungen an die kaufmännische Seite. Nur für die kaufmännische Seite, die eine Vertragsstrafe versprochen hat, ist eine Herabsetzung gemäß § 343 BGB ausgeschlossen, § 348 HGB, und nur die kaufmännische Seite hat für eine gesteigerte Sorgfaltspflicht einzustehen, § 347 HGB. Da aber nur der potentielle Kaufmann durch die Bestimmung über einseitige Handelsgeschäfte belastet werden kann, liegt es vorwiegend im Interesse des ausländischen Gewerbetreibenden zu wissen, ob er Kaufmann ist, und dies gewährleistet eine Anknüpfung an die Niederlassung.

---

7) §§ 29 II, 38 I, 1027 II ZPO, § 95 I Nr.1 GVG

8) Zu dem gleichen Ergebnis führt im französischen Recht die Theorie vom "actes mixtes". Die Theorie regelt die Frage, inwieweit Handelsrecht bei einseitigen Handelsgeschäften angewandt wird, also bei Geschäften, bei denen auf beiden Seiten des Vertrages ein Kaufmann steht. Es wird von Fall zu Fall unterschieden; jedoch wird man als allgemeine Regel betrachten können, daß Handelsrecht nie zum Nachteil der nichtkaufmännischen Partei angewendet wird. So richtet sich bei einseitigen Handelsgeschäften die Inverzugsetzung nach der Eigenschaft des Schuldners, Ferid, Französisches Zivilrecht I (1971), S.249 und auch Cass.soc. 8.2.1962, Gaz. Pal.1962.I.350. Eine Gesamtschuldnerschaft wird nur vermutet, wenn sämtliche Schuldner Kaufleute sind, Ferid, aaO, S.249, und entscheidend für die Beweismöglichkeiten ist die Eigenschaft des Beweislastgegners, so schon Req. 5.7.1908, D.1909.1.11.

./.

Der Nachteil, der sich für den inländischen Nichtkaufmann ergeben kann, besteht darin, daß er, beruhend auf den Wertungen des eigenen Rechts, darauf vertraute, der andere sei entsprechend sorgfaltsverpflichtet. Aus dieser Verpflichtung könnte sich etwa der Vorteil ergeben, einen Anspruch, der Verschulden der anderen Seite voraussetze, deshalb leichter nachzuweisen, weil § 347 HGB dem Kaufmann eine größere Sorgfaltspflicht auferlegt. Folglich führen die Normen für einseitige Handelsgeschäfte zu einer gewissen Modifizierung der Leistungspflicht einer kaufmännischen Partei, die sich für den Nichtkaufmann günstig auswirken können. Allerdings ergibt der Vergleich der Interessen der eventuell kaufmännischen Seite und des Nichtkaufmanns, daß die Position des aktiv verpflichteten, also des potentiellen Kaufmanns schützenswerter ist als die Position des passiven Nutznießers.

Im übrigen sind die materiellrechtlichen Auswirkungen der Sachnormen über einseitige Handelsgeschäfte nicht besonders gravierend. Einschneidender sind die Rechtsfolgen, die sich etwa aus mangelnder Geschäftsfähigkeit ergeben, denn die mangelnde Geschäftsfähigkeit hätte sogar die Unwirksamkeit eines Vertrages zur Folge. Deshalb erscheint hinsichtlich der Anknüpfung der Geschäftsfähigkeit eine Verkehrsschutzregelung notwendiger zu sein, als für die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft. Somit kann zunächst festgehalten werden, daß es, soweit es um die Maßgeblichkeit der Sachnormen des Handelsrechts geht, für den deutschen Nichtkaufmann keine gewichtigen materiellrechtlichen Vor- oder Nachteile von der Kaufmannseigenschaft eines Ausländers abhängen.

(bb) Sachnormen der Verbraucherschutzgesetze

Schließlich könnte die Kaufmannseigenschaft des Ausländers Einfluß auf den Schutz des inländischen Nichtkaufmanns haben, den

./.

dieser durch die Verbraucherschutzgesetze erfährt. Doch verwendet der Ausländer seine eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, bleibt der inländische Nichtkaufmann stets geschützt, da es gemäß § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz auf die Eigenschaft des Unterworfenen ankommt. Und diese Eigenschaft beurteilt sich bei Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes stets nach deutschem Recht, gleichgültig, ob man unmittelbar die deutsche lex causae als Verbraucherschutzstatut anwendet oder ob man zu deutschem Recht über die Sonderanknüpfung an die in Deutschland belegene Niederlassung bzw. den gewöhnlichen Aufenthalt des AGB-Unterworfenen gelangt. Deutlicher ausgedrückt, kann es dem deutschen Verbraucher gleichgültig sein, ob einer lex-causae-Regel oder einer Sonderanknüpfung der Vorzug zu geben sein wird. Deshalb geht eine Argumentation fehl, die aussagt, daß der Zweck des AGB-Gesetzes, vor allem den inländischen Verkehr zu schützen, eine unselbständige Bestimmung über die lex causae notwendig machte.

Bedeutsam kann die Kaufmannseigenschaft des Ausländers nur werden, wenn er seinerseits den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Inländers unterworfen ist, da es dann für den personalen Schutzbereich auf seine Eigenschaft ankommt. Der Inländer hätte ein Interesse an der Wirksamkeit seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Doch abgesehen davon, ob der Inländer in dieser Situation besonders schützenswert ist, wird diese Konstellation im hier untersuchten Bereich kaum relevant, da ein inländischer Nichtkaufmann kaum eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen verwenden wird.

./.

Das zum AGB-Gesetz Ausgeführte gilt entsprechend im Hinblick auf das Abzahlungsgesetz und dessen § 8. Der inländische nichtkaufmännische Kreditnehmer bleibt bei Anwendbarkeit des Gesetzes stets geschützt.

Für den inländischen Nichtkaufmann können sich, so kann zusammenfassend festgehalten werden, im Ergebnis nur materielle Nachteile ergeben, die mit der Anwendung der Normen über einseitige Handelsgeschäfte zusammenhängen. Diese Auswirkungen sind jedoch weniger gravierend.

Als Zwischenergebnis der Untersuchungen über die Schutzbedürftigkeit des inländischen nichtkaufmännischen Verkehrs kann festgehalten werden, daß dieser Teil der Bevölkerung zwar in persönlicher Hinsicht schutzbedürftig ist, daß aber, weil gewichtige materielle Nachteile nicht auftreten können, eine besondere Notwendigkeit einer Verkehrsschutzregelung nicht besteht.

(2) Kaufmännischer Verkehr

Nun geht es um die Frage, ob der inländische kaufmännische Verkehr zu schützen ist. Insofern ist die Eigenschaft des Ausländers von erheblich größerer Bedeutung, hängen doch von ihr die Anwendungen der zahlreichen Normen für beiderseitige Handelsgeschäfte, die Wirksamkeit der vom inländischen Kaufmann verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Zulässigkeit einer Teilzahlungsvereinbarung im Kreditverkehr und schließlich die Anwendbarkeit der einleitend angesprochenen prozeßrechtlichen Vorschriften ab. Das materielle Interesse des inländischen Kaufmanns ist somit erheblich.

An diese Feststellung schließt sich die Frage an, ob die inländische kaufmännische Partei eines besonderen Verkehrsschutzes bedarf.

./.

Aus den Sachnormen des HGB wird erkennbar, daß das Gesetz den Kaufmann, für den dieses Sonderrecht geschaffen wurde, als eine im Geschäftsverkehr erfahrene Person beurteilt. Nur dem Kaufmann wird eine große Sorgfalt zugemutet, § 347 HGB, nur er kann hinsichtlich einer Vertragsstrafe nicht über § 343 BGB von Amts wegen geschont werden, § 348 HGB, und nur sein Schweigen kann über § 362 HGB vertragliche Verpflichtungen herbeiführen. Nur die Erfahrung und die sich vom Gesetzgeber daran anknüpfende Vermutung, der Kaufmann könne sich gegen unfaire Bedingungen durchsetzen, führte dazu, den Kaufmann vom Schutz des Abzahlungsgesetzes[10] und von einigen Bereichen des AGB-Gesetzes[11] auszunehmen. Allein der Kaufmann wird nicht den Schutz bedürfen, der über das grundsätzliche Prorogationsverbot gewährleistet ist,[12] und nur er kann sich zu einer Schiedsgerichtsabrede verpflichten, ohne durch die Schriftlichkeit einer Vereinbarung gewarnt zu sein. Der Kaufmann wird, und dies ergibt sich aus den Wertungen des materiellen Rechts, vom Gesetzgeber als weniger schützenswert eingestuft.

---

10) Reich, in: Alternativkommentar zum BGB III (1979), § 8 AbsG, Rdn 1, S. 184, weist darauf hin, daß der eingetragene Kaufmann ganz allgemein für nicht schutzbedürftig gehalten wird, ohne daß es im Einzelfall auf die konkrete Schutzbedürftigkeit ankäme.

11) Nach Schmidt-Salzer, AGB (1977), S.18, läßt § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz die Wertung des Gesetzgebers erkennen, daß diese Personen im Vergleich zum Idealtyp des Endverbrauchers eines geringeren Schutzes bedürfen. Sie seien in einem größeren Maße in der Lage, ihre Interessen bei den Vertragsverhandlungen durchzusetzen.

12) Nach Ansicht von Zöllner/Vollkommer, ZPO (1979), § 38 Anm.II 1)S.230 ist der Grund für die Ausnahme vom Prorogationsverbot die mangelnde Schutzbedürftigkeit des beteiligten Personenkreises. In diesem Sinne auch Stein-Jonas/Leipold, ZPO (1977), § 38 Rdn 3, S.6.

./.

Diese Wertungen des materiellen Rechts haben kollisionsrechtlich zur Folge, daß eine Regel zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft weniger auf den Schutz des inländischen kaufmännischen Geschäftsverkehrs achten muß. Dagegen wurde verschiedentlich eingewendet, daß der Inhalt der materiellen Sachnormen keinen Einfluß auf das Kollisionsrecht haben sollte.[13)] Das bleibt im Grundsatz aus den oben dargelegten Gründen richtig. Jedoch kann an diesem Beispiel gezeigt werden, daß ausnahmsweise auch einmal eine sich aus Sachnormen ergebende Wertung Einfluß auf die Anknüpfungsfrage haben kann.

Im Ergebnis ist somit für den inländischen Kaufmann die Eigenschaft seines ausländischen Vertragspartners von besonderem materiellen Interesse, in personeller Hinsicht bedarf er jedoch nicht unbedingt eines Schutzes.

Die Untersuchung über die Schutzbedürftigkeit des inländischen Verkehrs ergibt somit folgendes Resultat: Der inländische Kaufmann hat ein Interesse, ist aber nicht schutzbedürftig; dagegen ist der inländische Nichtkaufmann schutzbedürftig, es besteht aber kein sonderliches materielles Interesse. Somit ist in beiden Fällen das Bedürfnis nach einer Schutzregelung gering.

b) lex causae-Regel

Wenden wir uns nun der Frage zu, wie eine lex causae-Regel die Verkehrsschutzproblematik bewältigt.

---

13) Vgl. oben S.251 f

./.

Die erste Schwierigkeit besteht darin, daß obige Feststellung, nach der eine Verkehrsschutzregelung nicht dringend geboten ist, auf der Prämisse beruht, daß der inländische nichtkaufmännische Verkehr bei der Rechtsanwendung auch tatsächlich als nichtkaufmännisch behandelt wird. Diese Prämisse ist bei einer lex causae-Regel nicht gewährleistet, denn es kann sein, daß der Verkehr, den das deutsche Recht als nichtkaufmännisch betrachtet, bei französischem Recht als Wirkungsstatut als kaufmännisch anzusehen ist.

Schließt z.B. ein Bauunternehmer aus Kehl, der nicht eingetragen ist und somit nach dem Ortsrecht seiner Niederlassung kein Kaufmann ist,[14)] mit einem französischen Obsthändler einen Vertrag über den Bau einer in Straßburg zu errichtenden Obstverkaufshalle, so kann bei entsprechender Rechtswahl oder gem. Art.4 I Satz 1 EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (1980) ("engste Beziehung") französisches Recht Vertragsstatut sein. Bei einer unselbständigen Anknüpfung müßte sich dieser Nichtkaufmann des deutschen Niederlassungsrechts gemäß französischem Recht als Kaufmann ansehen lassen,[14a)] mit der Folge, daß der Vertrag französischem Handelsrecht unterstünde. Das kann für die im Handelsrecht ungeübte Partei zu Schwierigkeiten führen. Deshalb kann bei einer lex causae-Regel sehr wohl eine Verkehrsschutzregelung geboten sein.

Ausgangspunkt der Betrachtung ist, daß der inländische Verkehr ein Interesse hat, nach seinem eigenen Recht beurteilt zu werden. Deshalb ergibt sich bei einer lex causae-Regel immer dann ein Problem, wenn ausländisches Recht Wirkungsstatut ist. Um dies zu konkretisieren, ist eine Unterscheidung nach den verschiedenen Gruppen von Sachnormen nützlich, die den Begriff Kaufmann verwenden.

---

14) BGHZ 59, 182

14a) Art.632 fr.c.com. "entreprise de manufactures"

./.

(1) Verbraucherschutzgesetze

Selbst bei deutschem Verbraucherschutzstatut ist die Anknüpfungsfrage danach zu differenzieren, ob die Kaufmannseigenschaft eines Inländers oder eines Ausländers zu beurteilen ist.

(a) Schutz des inländischen Verkehrs

Wird die Kaufmannseigenschaft im Hinblick auf deutsche Verbraucherschutzgesetze relevant, kann im Inland ein Verkehrsschutzproblem bei einer unselbständigen Anknüpfung nicht auftreten, denn stets ist deutsches Recht Verbraucherschutzstatut. Dazu kann es schon kommen, weil deutsches Recht Vertragsstatut ist. Möglich ist aber auch, daß deutsches Verbraucherrecht über § 12 AGB-Gesetz oder, da das Abzahlungsgesetz keine eigene Regelung enthält, auf Grund einer entsprechenden Regelung[15] anzuwenden ist. Somit ist auch die Kaufmannseigenschaft des Unterworfenen stets nach deutschem Recht zu beurteilen. Der Inlandsverkehr hat folglich auch, soweit es um die Einstufung von Ausländern geht, keine Beurteilungsprobleme.

(b) Schutz des ausländischen Verkehrs
- alternative Anknüpfung "in favorem consumatoris" -

Dagegen hat der ausländische Verbraucher, der etwa bei deutschem Vertragsstatut den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines deutschen Kaufmanns (oder Nichtkaufmanns) unterworfen ist, bei einer unselbständigen Anknüpfung das erhebliche Problem, seine Eigenschaft nach deutschem Recht beurteilen zu müssen. Das scheint nicht zumutbar zu sein, weil er dazu garnicht in der Lage ist.

---

15) Vgl. Art.5 EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (1980)

./.

Auch wird man heute nicht mehr sagen können, daß der Schutz des ausländischen Verbrauchers vernachlässigt werden könnte, weil deutsches Schutzrecht vor allem den inländischen Verkehr im Auge habe. Das würde dem auch im internationalen Verkehr notwendigen Ziel der Stützung des schwächeren Vertragsteils entgegenstehen. Eine solche Haltung verträge sich nicht mit der Tendenz, den Verbraucherschutz vom territorialen Anknüpfungspunkt einer einseitigen Anwendung der lex fori zu lösen und allseitig anzuknüpfen,[16] wie dies in Art.5 EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (1980) vorgesehen ist. Danach kann inländisch auch ausländisches Schutzrecht anzuwenden sein. Es ist folglich auch der ausländische Verbraucher zu schützen. Deshalb ist es bei einer lex causae-Regel notwendig, in diesem Fall eine Ausnahme von der unselbständigen Anknüpfung zuzulassen. Diese Ausnahme wäre so zu gestalten, daß es ausreicht, daß der ausländische Verbraucher nach seinem Heimatrecht als Nichtkaufmann angesehen wird. Es ist folglich eine Spaltung der Anknüpfung der "Verbrauchereigenschaft" im Sinne einer "in favorem consumatoris-Regel" vorzunehmen. Danach reicht es alternativ aus, daß der Verbraucher entweder nach dem Verbraucherschutzstatut oder nach seinem heimatlichen Recht Nichtkaufmann ist. In diesem Sinne ist unter dem Begriff "heimatliches Recht" das Recht am Ort der Niederlassung bzw. ersatzweise am Ort der Berufsausübung bzw. ersatzweise am Orte des gewöhnlichen Aufenthalts zu verstehen.

Ein solches Günstigkeitsprinzip sollte im allgemeinen keine Auswirkung auf die Anknüpfungsfrage haben, denn Kollisionsrecht hat sich nicht an materiellen Interessen, sondern an internationalprivatrechtlichen Interessen zu orientieren.[17] Ausnahmen er-

---

16) Zur Problematik: von Hoffmann, RabelsZ 38 (1974), 396 (409 ff)

17) vgl. oben S.251 f

./.

scheinen möglich, wenn materielle Interessen so zwingend sind, daß sie kollisionsrechtlich durchschlagen müssen. Ein solches Günstigkeitsprinzip enthält versteckt auch Art.7 III Satz 1 EGBGB, allerdings nur zum Vorteil des inländischen Verkehrs. Zunehmend wird eine allseitige Anwendung der Vorschrift mit dem Ziel, den Verbraucherschutz immer dem Ortsrecht zu unterstellen, vorgeschlagen.[18] Dieses Ziel wird, soweit es das Verbraucherschutzstatut selber betrifft, z.B. auch, wie schon erwähnt, durch den Art.5 des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (1980) gestützt.

Speziell für die Vorfragenproblematik ist eine alternative Anknüpfung vorgeschlagen worden, soweit es um die eheliche Abstammung eines Kindes geht. Bei "hinkenden Ehen" sei die Vorfrage der Wirksamkeit der Ehe der Kindeseltern so anzuknüpfen, daß sie für das Kind zur Rechtsstellung eines ehelichen Abkömmlings führt.[19] Das deckte sich damals mit der Tendenz, das nichteheliche Kind weitgehend dem ehelichen gleichzustellen. Heute zeigt sich die Tendenz, den Verbraucher weitgehend zu schützen. Dieser Schutz könnte partiell ausgehöhlt werden, wenn der Ausländer, der deutschen Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterworfen wäre, sich nach deutschem Wirkungsstatut eine Kaufmannseigenschaft vorhalten müßte, die nach seinem Heimatrecht nicht vorläge. Eine alternative Anknüpfung "in favorem consumatoris" wird häufig nötig sein, da bezüglich § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz schon eine Minderkaufmannseigenschaft, die im ausländischen Recht oft nicht einmal vorgesehen ist, ausreicht, um den Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes entscheidend einzuengen. Deshalb wären bei einer strikten Anwendungsweise der lex causae-Regel manche Berufsgrup-

---

18) Staudinger/Beitzke, Art.7 EGBGB (1970), Rdn 49; Soergel-Kegel, Art.7 EGBGB (1970), Rdn 17; a.M.: Palandt-Heldrich, Art.7 EGBGB (1981), Anm 5, S.2093.

19) Siehr, StAZ 71, 205 (212)

./.

pen gemäß deutschem Recht als Minderkaufleute anzusehen, die nach ausländischem Recht vielleicht nur Handwerker, in jedem Fall aber keine Kaufleute sind. Wer aber nach den rechtlichen Gegebenheiten am Ort der Berufsausübung keine Erfahrung im handelsrechtlichen Verkehr hat, sollte den Schutz eines anzuwendenden Verbraucherschutzgesetzes genießen, auch soweit es sich um die Gesetzgebung eines fremden Landes handelt.

Deshalb ist im Hinblick auf deutsche Verbraucherschutzgesetze im Falle einer unselbständigen Anknüpfung der Teilfrage der Kaufmannseigenschaft eine Ausnahme in der Weise zu machen, daß es ausreicht, wenn der Schutzadressat entweder nach dem Wirkungsstatut oder seinem Heimatrecht Nichtkaufmann ist. Dadurch wird in dem Konfliktsfall einer unterschiedlichen Beurteilung der in Frage kommenden Rechtsordnungen der Ausländer weitgehend geschützt. Insbesondere kommt ihm der Vorzug der Regelung des § 10 Nr.8 AGB-Gesetz zugute, sofern der deutsche Verwender in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Rechtswahlklausel benützt.

(2) Handelsrecht

Bis zu dieser Stelle wurde geprüft, wie sich die lex causae-Regel bei Verbraucherschutzgesetzen auswirkt.

Ähnlich stellt sich die Problematik des Verkehrsschutzes, wenn der Begriff Kaufmann in handelsrechtlichen Normen benützt wird. Die lex causae-Regel führt dazu, daß der Inländer bei ausländischem Vertragsstatut seine eigene Kaufmannseigenschaft wie die des Ausländers nach fremdem Recht einschätzen muß. Die Folgen wurden mit dem Beispiel des deutschen Bauunternehmers aus Kehl angedeutet.[20] Insofern störte eine strikte lex causae-Regel

20) Vgl. oben S.271 f

./.

den Verkehrsschutz erheblich.

Jedoch ist es in diesem Bereich nicht möglich, eine alternative Anknüpfung zuzulassen, wie dies oben bezüglich der "Verbrauchereigenschaft" vorgeschlagen wurde. Während dem Verbraucher nur in engen Teilbereichen der Vorteil eines Sonderrechts zugute kommt, hat die Kaufmannseigenschaft für weite Bereiche der Rechtsverhältnisse die Anwendung von Sonderrecht zur Folge. Insofern alternativ anzuknüpfen bedeutete, daß beide Vertragspartner jeweils auf ihnen fremdes Recht schauen müßten um zu wissen, ob dieses Recht sie nicht anders qualifiziert. Das ist im täglichen Geschäftsverkehr unpraktikabel und führte zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Somit kann bei ausländischem Vertragsstatut über eine lex causae-Regel ein Verkehrsschutz nicht erreicht werden.

(3) Prozeßrecht

Sofern die Kaufmannseigenschaft für prozeßrechtliche Vorschriften relevant ist, ergibt sich bei einer lex causae-Regel bei deutschem Gerichtsstand kein Verkehrsschutzproblem, da in diesem Fall wieder das inländische Recht Wirkungsstatut ist. Ist dagegen ein ausländisches Gericht zuständig, z.B. weil es gemäß § 38 II ZPO wirksam vereinbart ist, stellt sich bei einer lex causae-Regel für den Inlandsverkehr das Problem, seine Kaufmannseigenschaft richtig nach ausländischem Recht zu beurteilen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß das Interesse des inländischen Verkehrs, jedenfalls seine eigene Kaufmannseigenschaft sowie die Kaufmannseigenschaft eines Ausländers nach heimatlichem Recht beurteilt zu sehen, mit einer lex causae-Regel immer dann nicht erreicht werden kann, wenn ausländisches Recht Wirkungsstatut ist. Die unselbständige Anknüpfung läßt sich deshalb mit dem Interesse an einem Verkehrsschutz nicht vereinbaren.

./.

Soweit die Verbrauchereigenschaft eines Ausländers zu beurteilen ist, wären die gravierenden Störungen einer lex causae-Regel durch eine alternative Anknüpfung an die Niederlassung zu mildern.

c) Sonderanknüpfung

Ganz anders stellt sich die Verkehrsschutzproblematik dar, wenn einer Sonderanknüpfung an die Niederlassung der Vorzug zu geben sein sollte.

(1) Schutz des inländischen Verkehrs

Besondere Beachtung verdient das dringende Interesse der inländischen Verkehrsteilnehmer an der gleichbleibenden Beurteilung jedenfalls ihrer eigenen Person. Dies wird durch eine Sonderanknüpfung gewährleistet. Bezogen auf obigen Beispielsfall[21] wäre der Bauunternehmer aus Kehl im Falle einer Sonderanknüpfung über die Theorie vom actes mixtes[22] lediglich an französisches Zivilrecht gebunden.

Soweit es den Verbraucherschutz betrifft, ist zu betonen, daß auch bei einer Sonderanknüpfung vor allem der inländische Verbraucher, also die Zielgruppe dieser Gesetze, geschützt bliebe, da sich seine Niederlassung bzw. der Ort der Berufsausübung bzw. der gewöhnliche Aufenthalt im Inland befindet. Geschützt ist aber auch der ausländische Verbraucher, da hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft auf sein eigenes Recht geschaut wird. Deshalb erübrigt sich bei einer Sonderanknüpfung die alternative Anknüpfung "in favorem consumatoris".

---

21) s.o.S.271 f

22) Dazu oben S.265 Fn 8)

./.

(2) Schutz des ausländischen Verkehrs

Allerdings bleibt das Beurteilungsproblem hinsichtlich des ausländischen Vertragspartners. Und insoweit macht es keinen Unterschied, in welcher Normengruppe der Begriff Kaufmann verwendet wird. Bevor wir nun die Frage prüfen, ob es die Möglichkeit einer Sonderregelung gibt, die diesem Problem des inländischen Verkehrs abhelfen könnte, ist noch einmal darauf einzugehen, ob überhaupt ein Bedürfnis für eine Sonderregelung besteht. Insofern kann an dieser Stelle ohne Einschränkung auf die Untersuchung zu Ziffer a)[23] hingewiesen werden, weil bei einer Sonderanknüpfung die Prämisse dieser Untersuchung, nämlich daß der inländische Kaufmann stets als Kaufmann und der inländische Nichtkaufmann stets als Nichtkaufmann anzusehen ist, erfüllt ist. Das Ergebnis dieser Untersuchung war, und daran ist zu erinnern, daß eine Verkehrsschutzregelung deshalb nicht besonders dringlich ist, weil zum einen für den inländischen Nichtkaufmann keine nennenswerten materiellen Nachteile von der Eigenschaft des Ausländers abhängen, und weil zum anderen dem inländischen Kaufmann die Beurteilung seines ausländischen Kollegen nach dessen heimatlichem Recht zugemutet werden kann. Für eine gesonderte Regelung im Interesse des Verkehrsschutzes sind zwei Wege denkbar.

Zum einen kommt in Betracht, eine Anknüpfungsregel aufzustellen, die schon für sich gesehen den Verkehrsschutz berücksichtigt. Das ist etwa der Fall, wenn die Vollmacht primär an die Niederlassung als Ort der beruflichen Tätigkeit angeknüpft wird.[24] Vorwiegend wird aber der Verkehrsschutz als Auffangrecht gestal-

---

23) Vgl. oben S.270

24) Vgl. oben S.259

./.

tet. So ist primär für die Geschäftsfähigkeit das Heimatrecht maßgeblich, nur sekundär genügt das örtliche Recht. Für Vertragsverhältnisse bleibt es primär bei dem Vertragsstatut, sekundär ist für die AGB-Klauseln das lokale Recht anzuwenden, § 12 AGB-Gesetz.

Auch bei der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft wäre es schwierig, das Verkehrsschutzinteresse im Rahmen einer primären Anknüpfung zu berücksichtigen. In Betracht käme eine lex loci actus-Regel, doch sie war, wie schon oben dargelegt,[25] aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Im übrigen erlangt das Interesse am Verkehrsschutz immer nur Bedeutung, wenn das eigene Gebiet berührt ist. So schützt Art.7 III EGBGB nur den inländischen Verkehr.[26] Auch § 12 AGB-Gesetz erfordert einen territorialen Bezug. Gleichfalls setzt Art.16 EGBGB, als Schutzgesetz, einen inländischen Wohnsitz der Ehegatten voraus. Schon deshalb könnte eine Kollisionsregel, die vorwiegend den Verkehrsschutz berücksichtigt, nicht geeignet sein, Sachverhalte mit ausschließlich ausländischem Bezug zu regeln. Da aber Kollisionsregeln allseitig gestaltet sein sollten, um internationale Entscheidungsgleichheit zu gewährleisten, kann der Verkehrsschutz nicht mit$ einer Primäranknüpfung berücksichtigt werden.

Eine andere Frage ist, ob der Verkehrsschutz hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft mit einer Sekundäranknüpfung abgesichert

---

25) Vgl. oben S.136 f

26) Kegel vertritt die abweichende Ansicht, der in Art.7 III Satz 1 EGBGB enthaltene Gedanke sei auch im Auslandsverkehr zu berücksichtigen, wenn dieser Staat seinen eigenen Verkehr schützen wolle. Soergel-Kegel, Art. 7 EGBGB (1970), Rdn 17. Ihm beipflichtend Kühne, JZ 77, 440. Diese Auffassung verträgt sich jedoch nicht mit dem eindeutigen Wortlaut des Art. 7 III Satz 1 EGBGB "im Inland" und dem Charakter als Ausnahmeregelung.

./.

werden kann. Denkbar ist eine Art.7 III Satz 1 EGBGB vergleichbare Regelung. Zwar ist die Vorschrift eine Ausnahmeregelung, ihre analoge Anwendung wurde dennoch z.B. für die Bürgschaft vorgeschlagen.[27] Bezogen auf die Kaufmannseigenschaft würde eine an Art.7 III Satz 1 EGBGB angelehnte Verkehrsschutzregel lauten: Nimmt ein Ausländer im Inland ein Rechtsgeschäft vor, für das er kein Kaufmann ist, gilt er für dieses Geschäft insoweit als Kaufmann, als er nach den deutschen Gesetzen Kaufmann sein würde.

Eine solche analoge Anwendung wurde verschiedentlich in Erwägung gezogen.[28] Ihre Zuverlässigkeit ist Punkt für Punkt zu prüfen. Besonders ist auf die Vergleichbarkeit der Regelungsgegenstände zu achten.

Art.7 III EGBGB geht davon aus, daß es für den inländischen Geschäftsverkehr stets günstig ist, wenn der Ausländer geschäftsfähig ist. Dagegen hat der inländische Vertragspartner nicht unbedingt ein Interesse daran, daß der Ausländer als Kaufmann angesehen wird. Diese Eigenschaft kann sich im Streitfall für ihn auch nachteilig auswirken, denn ein Kaufmann kann z.B. bei beiderseitigen Handelsgeschäften höhere Zinsen, § 352 HGB, oder gar Fälligkeitszinsen, §343 HGB, verlangen. Das Interesse des Inländers besteht somit lediglich darin, mit genügender Rechtssicherheit zu wissen, ob der andere Kaufmann ist oder nicht. Die Ungewißheit ist das Problem, nicht das Fehlen der Kaufmannseigenschaft. Weiß man, daß der andere Nichtkaufmann ist, wird man sich darauf einstellen können.

---

27) Danach soll sich der Dritte auf deutsches Recht berufen können, wenn nach deutschem Recht die Bürgschaftserklärung wirksam wäre, Kühne, JZ 1977, S.440 in Anm. zu BGH, JZ 77, 438, der aus seiner Sicht die Frage offenlassen konnte.

28) LG Hamburg IPRspr.1958/59 Nr.22, S.69 (71) und in dem diese Entscheidung vorbereitenden Gutachten Nr. G 56/57 vom 4.6.1957 des Max-Planck-Instituts für IPR (unveröffentlicht). Die Frage wurde jedoch nicht weiter untersucht und konnte offenbleiben, weil es an dem nötigen inländischen Bezug fehlte. Das Institut hat lediglich beiläufig eingefügt, daß für eine analoge Anwendung "sicher gewichtige Gründe sprechen würden". Eine Andeutung, worin diese Gründe bestehen könnten, gibt es leider nicht.

Für die Geschäftsfähigkeit ist eine Art.7 III EGBGB entsprechende Regelung besonders deshalb so notwendig, weil von der Geschäftsfähigkeit die gewichtige Frage der Rechtswirksamkeit des Vertrages abhängt. Die Kaufmannseigenschaft hat jedoch vorwiegend nur Einfluß auf den Umfang der Rechte und Pflichten, die sich aus dem Vertrag ergeben. Nur ausnahmsweise wirkt sich die Kaufmannseigenschaft auch auf das Zustandekommen eines Vertrages aus, nämlich wenn z.B.im Rahmen einer ständigen Geschäftsbeziehung auf ein Angebot geschwiegen wird, § 362 I HGB. Das materielle Interesse des inländischen Verkehrs an einer Schutzregelung ist folglich nicht so groß wie im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit. Eine Art.7 III EGBGB vergleichbare Regelung hätte die weitere Folge, daß eine dritte Rechtsordnung in das Geschäftsverhältnis eingeführt würde, denn das inländische Recht des Vertragspartners muß nicht gleichzeitig das Vertragsstatut sein. Doch je mehr Rechtsordnungen auf ein Vertragsverhältnis anzuwenden sind, desto eher besteht die Gefahr eines Normenwiderspruchs.

Aus all diesen Gründen wäre es falsch, bei einer Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft an die Niederlassung den Verkehrsschutz mit einer Art.7 III Satz 1 EGBGB vergleichbaren Regelung erreichen zu wollen.

Eine andere Regelung, den inländischen Verkehr zu schützen, ist nicht ersichtlich. Dennoch steht die fehlende Möglichkeit eines wirksamen Schutzes des inländischen Verkehrs der Anknüpfung an die Niederlassung nicht entgegen, weil, und insofern ist wieder auf obiges Zwischenergebnis zurückzugreifen,[29] kein zwingendes Bedürfnis dafür besteht.

---

29) Vgl. oben S.270

./.

d) Ergebnis

Die Untersuchung der Verkehrsschutzproblematik führt zu folgendem Ergebnis:

Eine lex causae-Regel schützt den inländischen Verkehr eher zufällig, nämlich nur bei deutschem Wirkungsstatut. Bei ausländischem Wirkungsstatut hätte eine lex causae-Regel die Konsequenz, daß selbst der inländische Verkehr die Frage seiner Kaufmannseigenschaft nach ihm unbekanntem und oft unzugänglichem Recht beantworten müßte.

Bei einer Sonderanknüpfung an die Niederlassung ist der inländische Verkehr, jedenfalls soweit es um die Beurteilung der eigenen Person geht, stets geschützt, nicht jedoch bezüglich der Beurteilung des Ausländers. Jedoch ist in diesen Fällen eine Verkehrsschutzregelung nicht dringlich, da für den inländischen nichtkaufmännischen Verkehr keine nennenswerten Vor- oder Nachteile aus der Kaufmannseigenschaft des Ausländers erwachsen können und dem inländischen kaufmännischen Verkehr das Beurteilungsproblem zugemutet werden kann.

Wenn somit zwischen diesen Alternativen abzuwägen ist, scheint das Interesse,hinsichtlich der eigenen Person stets nach eigenem Recht beurteilt zu werden, besonders gewichtig. Es störte erheblich, insofern ausländischem Recht gegebenenfalls einen Einfluß zubilligen zu müssen. Aus diesen Gründen ist aus dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes der selbständigen Anknüpfung an die Niederlassung der Vorzug zu geben.

./.

3. Ordnungsinteressen

Während unter Ziffer 1. und 2. die materiellen Interessen geprüft wurden, die bei der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft bedeutsam sind, geht es in diesem Abschnitt um sog. "Ordnungsinteressen".[1] Das sind diejenigen Grundsätze, die, ohne auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses oder den Zweck von Normen zu schauen, aus formalen[2] Gesichtspunkten beachtet werden sollten. So ist es anzustreben, daß Anknüpfungsregeln klar und eindeutig sowie im Rechtsverkehr einfach zu handhaben sind. Sie sollten zu Entscheidungen führen, die überall durchsetzbar sind und dennoch die Stimmigkeit der Rechtsanwendung nicht stören. Ordnungsinteressen dienen, wie Neuhaus richtig beobachtet,[3] jeweils Teilaspekten der Rechtssicherheit.

a) Internationale Entscheidungsharmonie

Mit internationaler Entscheidungsharmonie bezeichnet man das Interesse an einem äußeren Entscheidungseinklang, d.h. das Rechtsverhältnis sollte im Idealfall stets gleich beurteilt werden, wo immer es vor Gericht verhandelt wird. Dieses Ordnungsinteresse verhindert sog. hinkende Rechtsverhältnisse, die immer dann entstehen, wenn die Entscheidungen in dem einen Staat von dem anderen Staat nicht anerkannt werden. Dieser Belang ist besonders im internationalen Handelsverkehr zu beachten. Das Streben nach einer gleichmäßigen Behandlung der Rechtsverhältnisse war in diesem Bereich so stark, daß es sogar zu zahlreichen Vereinheitlichungen von Sachnormen kam und sich zahlreiche internationale Handelsbräuche herausbilden konnten.

---

1) Diesen Ausdruck benützt Kegel, IPR (1977), S.59

2) Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.190, bezeichnet dieses internationalprivatrechtliche Interesse als "formale Maxime" der Anknüpfung, im Gegensatz zu materiellen Maximen der Anknüpfung.

3) Neuhaus, aaO, S.161

./.

Das Interesse an einem internationalen Entscheidungseinklang stand im Brennpunkt vielfacher Bemühungen. Schon Savigny erstrebte eine "wünschenswerte Gegenseitigkeit in der Behandlung der Rechtsverhältnisse"[4] und Mancini diente diesem Ziel mit der Aufstellung eines universellen Kollisionsrechts.[5] Gescheitert sind Bestrebungen, ein einheitliches IPR über die Zuordnung dieser Materie zum Völkerrecht zu erreichen.[6] Daß das Ziel einer internationalen Entscheidungsharmonie weitgehend nicht erreicht wurde, beruht auf dem Umstand, daß IPR nationales Recht ist und es sich schon deshalb von Staat zu Staat unterscheidet. Nachteilig in diesem Sinne wirkte sich der Ende des Jahrhunderts wieder auflebende Souveränitätsgedanke aus, der in einer Zeit, als Kollisionsrecht soweit gediehen war, daß eine Normierung gewagt werden konnte, dazu führte, daß die Staaten, ohne eine Vereinheitlichung anzustreben, jeder nach seinem Gutdünken zu gesetzlichen Festlegungen schritten. Heute bleibt im nationalen Bereich nur der Weg, international übliche Anknüpfungen zu wählen, allerdings nur, soweit es aus der Sicht der materiellen Gerechtigkeit zulässig erscheint.

Für die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft hat sich weder im nationalen Rahmen noch im internationalen Rahmen eine allgemein gültige Anknüpfungsregel gebildet. Wer einer unselbständigen Anknüpfung den Vorzug gibt, schafft Harmonie mit der herrschenden Meinung in der französischen Literatur. Die Anknüpfung an die Niederlassung schafft dagegen Harmonie mit der Gruppe der Staaten, für die die Verträge von Montevideo (1889 und 1940) und Havanna (1928)[7] gelten.

---

4) Savigny, System VIII (1849), S.26; dazu vgl. oben S.44
5) dazu oben S.51
6) Vgl. oben S.95
7) s.o.S.122

./.

Ein weiteres Mittel, die internationale Entscheidungsharmonie zu fördern, liegt in der Benutzung international gebräuchlicher Anknüpfungskriterien.[8] So ist eine Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit nicht geeignet, im anglo-amerikanischen Rechtskreis verwendet zu werden. Auch stören Einschränkungen zum Schutz des eigenen Verkehrs die internationale Entscheidungsharmonie. Die Niederlassung ist jedoch ein Kriterium, das von allen Rechtsordnungen benutzt werden könnte, denn jeder Gewerbetreibende hat eine Niederlassung bzw. einen Ort, an dem er seinen Beruf ausübt. Im übrigen wird der Begriff im internationalen Schuldrecht zunehmend verwendet, zuletzt im EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht.[9] Auch scheint der Weg einer selbständigen Anknüpfung von Vorfragen eine besonders geeignete Methode zu sein, der internationalen Entscheidungsharmonie zu dienen. Nur so kann erreicht werden, daß die Kaufmannseigenschaft eines Gewerbetreibenden auch bzgl. prozeßrechtlicher Vorschriften und bzgl. Verbraucherschutzgesetzen vor allen Gerichten gleich beurteilt wird. Dies ist im internationalen Handel umso notwendiger, da oft nicht vorhersehbar ist, wo der Gerichtsstand liegen wird.

Somit ist aus dem Gesichtspunkt der internationalen Entscheidungsharmonie einer selbständigen Anknüpfung an die Niederlassung der Vorzug zu geben.

---

8) Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.55 weist auf eine Resolution des Institut de Droit International aus dem Jahre 1952 (Siena) hin: "Die Vorschriften des IPR sollen im allgemeinen Kriterien verwenden, die einer Internationalisierung fähig sind, ... um nicht übereinstimmende Lösungen eines konkreten Falles in verschiedenen Ländern zu vermeiden", in deutscher Übersetzung in RabelsZ 17 (1952), 519.

9) Vgl. Art.4 II Satz 2, IV des Übereinkommens

./.

b) Interne Entscheidungsharmonie

Die interne Entscheidungsharmonie dient dem Interesse der Vermeidung von Normenwidersprüchen im Rahmen der eigenen Rechtsordnung. Die Rechtssätze einer Rechtsordnung sind im Prinzip aufeinander abgestimmt. IPR kann dazu führen, daß verschiedene Teile eines Sachverhalts verschiedenem Recht unterstellt werden. Weitere Konsequenz kann sein, daß die dann nicht aufeinander abgestimmten Rechtssätze sich überschneiden, mit der Folge der Normenhäufung, oder Teile ungeregelt lassen, mit der Folge des Normenmangels.[10] Dies führt zu schwierigen Angleichungsproblemen.

Der internen Entscheidungsharmonie wird häufiger sogar mehr Gewicht eingeräumt als der internationalen. Neuhaus meint insofern, daß die inländische Entscheidung "erst recht" mit anderen inländischen Entscheidungen in Einklang stehen müsse.[11]

Diese Wertung hat auch Einfluß auf die Methode zur Anknüpfung von Vorfragen. Im Konfliktsfall, d.h. wenn die Vorfragenproblematik entscheidungserheblich ist, diente eine lex causae-Regel, nach der das auf Vorfragen anzuwendende Recht nach dem Kollisionsrecht des jeweiligen Wirkungsstatuts zu beurteilen ist, dem Entscheidungseinklang im Verhältnis zum Gerichtsstand der lex causae, während die lex fori-Regel den Vorzug hat, Harmonie mit anderen inländischen Entscheidungen herbeizuführen. Die hM

---

10) Kegel, IPR (1977), S.60

11) Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.164

./.

gibt der lex fori und damit der internen Entscheidungsharmonie den Vorzug.[12] [13]

(1) Selbständige Anknüpfung

Im Hinblick auf die interne Entscheidungsharmonie wäre eine Anknüpfung an die Niederlassung sehr günstig, denn in diesem Fall wäre gesichert, daß ein und dieselbe Person für alle inländisch zu verhandelnden Rechtsverhältnisse nach dem gleichen Recht beurteilt würde. Diese Konsequenz ist so eindeutig, daß sie keiner weiteren Erläuterung bedarf.

(2) Unselbständige Anknüpfung

Dagegen wäre bei einer unselbständigen Anknüpfung auf das jeweilige Wirkungsstatut abzustellen. Dadurch könnten folgende Unstimmigkeiten bei einer lex causae-Regel auftreten:

---

12) Kegel, IPR (1977), S.159; Palandt-Heldrich (1981), vor Art.7 EGBGB, Anm. 10). Eine starke aM wird heute u.a. vertreten durch Neuhaus, Grundbegriffe (1976), S.345.

13) Das Problem der Anknüpfung der Vorfrage ist allerdings nur dann entscheidungserheblich, wenn folgende drei Bedingungen erfüllt sind, wie Neuhaus, a.gl.O. (Fn 12) herausgearbeitet hat:

(1) Auf die Hauptfrage muß ausländisches Recht anwendbar sein, da sonst die lex fori und die lex causae identisch sind.

(2) Die Anknüpfungsregel der lex fori und der lex causae führen zu unterschiedlichen materiellen Rechtsnormen.

(3) Die Sachnormen der beiden in Betracht kommenden Rechtsordnungen müssen inhaltlich voneinander abweichen.

Sollte einer Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft der Vorzug zu geben sein, träfe das soeben Gesagte auch für die dann als Vorfrage zu behandelnde Kaufmannseigenschaft zu. Allerdings wäre im Hinblick auf Ziff.(2) zu klären, welcher Kollisionsregel im deutschen IPR zu folgen ist.

(a) Sonderstatut

Zu Störungen könnte es kommen, wenn weitere Sonderanknüpfungen vom Vertragsstatut geboten sind. So ist den meisten Rechtsordnungen gemein, daß sie für Kaufleute besonders strenge Untersuchungs- und Rügepflichten kennen. Gemäß Art.10 II des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (1980) ist für die im Falle "mangelnder Erfüllung zu treffenden Maßnahmen das Recht des Staates, in dem die Erfüllung erfolgt, zu berücksichtigen". Das führt zu einer Abspaltung des Untersuchungs- und Rügestatuts vom Vertragsstatut in der Weise, daß der Abnehmer seine Rechte nicht verwirkt, wenn er entweder den Erfordernissen des Vertragsstatuts oder den Erfordernissen des "Erfüllungsstatuts" genügt.

Auswirkung einer unselbständigen Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft könnte sein, daß beide Parteien bezüglich des Vertragsstatuts als Kaufleute anzusehen sind, mit der Folge, daß z.B. die Gewährleistung ausgeschlossen ist, weil nicht "unverzüglich" § 377 I HGB, gerügt wurde, während die gleichen Parteien nach dem Sonderstatut nicht Kaufleute sind, mit der Folge, daß sich der Abnehmer auf die Regelungen des allgemeinen Zivilrechts am Erfüllungsort berufen könnte. Das träfe den Verkäufer härter, als zumutbar erscheint. Art.10 II muß, so meine ich, restriktiv ausgelegt werden, und diese Möglichkeit bietet sich über das Tatbestandsmerkmal "zu berücksichtigen", das nicht mit "anzuwenden" gleichgesetzt werden darf. Sinnvoll ist die Sonderanknüpfung immer nur im Verhältnis von bürgerlichem Recht zu bürgerlichem Recht und von Handelsrecht zu Handelsrecht. Die Rücksichtnahme ist also geboten, wenn relativ strenges Zivilrecht auf relativ rügefreundliches Zivilrecht stößt, und relativ strenges Handelsrecht auf weniger strenges Handelsrecht trifft. Der bei einer unselbständigen Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft gegebenenfalls notwendige Sprung von relativ strengem Handelsrecht zu rügefreundlichem Zivilrecht scheint zu groß zu sein.

./.

Diese Diskrepanz läßt sich mit einer einheitlichen Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft an die Niederlassung vermeiden, denn dann werden die Parteien, gleich ob Vertrags- oder Untersuchungs- und Rügestatut, nach der gleichen Rechtsordnung beurteilt. So ist eher zu erwarten, daß sowohl das Vertragsstatut wie auch das Sonderstatut das Rechtsverhältnis einheitlich entweder dem allgemeinen Zivilrecht oder dem Handelsrecht zuordnet.

Ähnliche Störungen sind über eine Sonderanknüpfung des Schweigens im Rechtsverkehr möglich, denn im Handelsrecht kann Schweigen im allgemeinen weitreichendere Folgen haben als im bürgerlichen Recht. So kann unter Umständen das Schweigen eines Kaufmanns als Annahme eines Antrages zu werten sein, § 362 I HGB, oder die Rechtsfolgen eines kaufmännischen Bestätigungsschreiben herbeiführen.

(b) Verbraucherschutzrecht

Weitere Ungereimtheiten sind bei einer lex causae-Regel zu erwarten, soweit es das Verhältnis von Vertragsrecht und Verbraucherschutzrecht betrifft. Die unselbständige Anknüpfung kann nämlich dazu führen, daß auf ein und dasselbe Rechtsverhältnis sowohl Handelsrecht als auch das AGB-Gesetz, und zwar ohne Einschränkungen gem. § 24 AGB-Gesetz, anzuwenden ist. Störungen sind möglich, soweit es die §§ 2, 10, 11 AGB-Gesetz betrifft, die gegenüber dem kaufmännischen Verkehr nicht anzuwenden sein sollten, § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz. Da gerade für Verbraucherschutzgesetze häufig eine unselbständige Anknüpfung vorgeschlagen wurde, ist besondere Aufmerksamkeit für die dadurch bewirkten Störungen der internen Entscheidungsharmonie geboten.

Diese Aussage soll anhand des folgenden Beispielsfalls deutlicher gemacht werden. Nehmen wir an, daß z.B. ein grenznahe niedergelassener Franzose, der Inhaber von drei Personenkraftwagen

./.

ist, mit Annoncen in deutschen Zeitungen diese Fahrzeuge zur Vermietung anbietet und bei Vertragsschluß seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde legt, in denen für den Fall des Zahlungsverzugs eine Vertragsstrafe vorgesehen ist. Es kann nun sein, daß ein deutscher, nichteingetragener Bauunternehmer eines dieser Fahrzeuge für seinen Geschäftsbetrieb mietet.

Klagt der Franzose nach Anmahnung DM 3000.- an ausstehender Miete und Vertragsstrafe am Wohnsitz des Kunden ein, ergibt sich bei einer unselbständigen Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft folgende Situation: Die deutschen Gerichte sind gemäß Art.2 I des EG-Gerichtsstands-und Vollstreckungsabkommens international zuständig. Funktional zuständig ist bei deutschem Prozeßrecht als dem Recht der lex fori die Zivilkammer, da jedenfalls der Beklagte bei deutscher lex causae unselbständig angeknüpft, mangels Eintragung kein Kaufmann ist,[14] § 95 I Nr.1 GVG.

Vertragsstatut ist gem. Art.4 I iVm Art.4 II Satz 2 EG-Übereinkommen des auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendenden Rechts (1980) oder den entsprechenden Grundsätzen des deutschen Kollisionsrechts das französische Recht, d.h. genauer französisches Handelsrecht, denn der Franzose ist Kaufmann gem.Art.1 iVm Art.632 IV c.com. (entreprise de location de meubles) und der deutsche Bauunternehmer ist ohne Rücksicht auf eine Eintragung gemäß der französischem lex causae gleichfalls Kaufmann nach Art.632 V c.com. (entreprise de manufactures).[15]

---

14) BGHZ 59, 179 (182)

15) Cass. 20.10.1908, D.P. 1909.1.246

./.

Allerdings könnte die Klausel über die Vertragsstrafe gem.§ 10 Nr.6 des deutschen AGB-Gesetzes unwirksam sein, und zwar ohne Wertungsmöglichkeit. Das setzte zunächst die Anwendbarkeit dieses Gesetzes voraus, und dies wird gem.§ 12 Nr.1 AGB-Gesetz zu bejahen sein, da in Deutschland geworben wurde.[16] Weitere Voraussetzung ist, daß der deutsche Mieter in den personalen Schutzbereich des Gesetzes, § 24 Satz 1 AGB-Gesetz, fällt. Das ist der Fall, da der deutsche Bauunternehmer zwar das Geschäft im gewerblichen Rahmen getätigt hat, jedoch mangels Eintragung nach der deutschen lex causae (Verbraucherschutzstatut), anders als nach französischem Recht, kein Kaufmann ist.[17] Somit ist die Klage hinsichtlich der Vertragsstrafe abzuweisen.

---

16) Auch gem. Art.5 II des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (1980) ist eine Werbung ein ausreichender Inlandsbezug für die Maßgeblichkeit von Verbraucherschutzgesetzen. Anders jedoch als Art.12 AGB-Gesetz schützt Art.5 den berufliche oder gewerblichen Verkehr nicht, Art.5 I. Nun ist der berufliche oder gewerbliche Verkehr auch gem. § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen ("zum Betriebe seines Handelsgewerbes"); dies gilt aber nur für den kaufmännischen Verkehr. Also geht § 12 iVm § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz im Vergleich zu Art.5 des Übereinkommens insofern weiter, als auch der nichtkaufmännische gewerbliche Verkehr geschützt wird. Bei Rechtswirksamkeit des Entwurfs würde im Vertragsbereich nach herkömmlicher Auffassung § 12 AGB-Gesetz verdrängt. Ob die Folge, nämlich der Entzug des Schutzes für den nichtkaufmännischen gewerblichen Verkehr, bedacht ist, bleibt offen. Jedenfalls wäre in diesem Bereich, in dem häufig AGB's mit weitreichenden Klauseln verwendet werden, ein Schutz besonders nötig. Im Interesse des Verbraucherschutzes scheint es deshalb geboten, in Art.5 des Übereinkommens lediglich eine Mindestvoraussetzung für die Anwendung von Verbraucherschutzgesetzen zu sehen, die weitergehende, unilateral bestimmte Anwendungsbereiche nicht ausschließt. Der Zweck des Verbraucherschutzes, das Vertrauen des Verkehrs zu schützen, gebietet eine gleichmäßige Anwendung im Inland. Auch Art.16 des von der Europäischen Kommission am 27.2.1979 vorgelegten "Vorschlags einer Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Verbraucherkredit" (ABl.EG 1979 Nr.C 80/4) gestattet, daß die Mitgliedsstaaten weitergehende Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers vorsehen oder beibehalten dürfen.

17) BGH, a.gl.O. (soeben Fn 14)

./.

Faßt man diese Ergebnisse zusammen, ergeben sich folgende Unstimmigkeiten: Es ist eine "Zivilkammer", die sowohl Handelsrecht als auch Verbraucherschutzrecht anzuwenden hat. Die nachteiligen Folgen werden zu erläutern sein.

Das AGB-Gesetz hat zwei Regelungsebenen. Während das Gesetz im Privatverkehr ohne Einschränkungen gilt, ist es im Handelsverkehr nur teilweise anzuwenden, § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz. Dieser Niveauunterschied der Regelungen wirkt sich aber auch z.B. bei § 9 AGB-Gesetz aus, § 24 Satz 2 AGB-Gesetz. Für die Auslegung der in dieser Vorschrift enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe hat die gesetzliche Regelung Leitbildfunktion. Dies muß so konkretisiert werden, daß für den allgemeinen Rechtsverkehr diese Leitbildfunktion das BGB zu übernehmen hat, während im Handelsverkehr das Handelsrecht als Leitbild dienen sollte. In diesem Sinne gebietet auch § 24 Satz 2 AGB-Gesetz, bei der Anwendung des § 9 AGB-Gesetz die im Handel üblichen Gewohnheiten und Gebräuche zu berücksichtigen.[18)]

Dieser Unterschied der Regelungsebenen wirkt sich besonders in den §§ 10, 11 AGB-Gesetz aus. Daß diese Vorschriften keinesfalls auf handelsrechtliche Verträge passen, ergibt sich schon aus dem Inhalt der jeweiligen Regelung. So sieht § 343 BGB die Möglichkeit der Herabsetzung einer Vertragsstrafe vor. Diese Möglichkeit ist im Handelsverkehr gem. § 348 HGB ausgeschlossen. Die Regelung des AGB-Gesetzes, wonach die Vertragsstrafe in AGB's gänzlich unwirksam sein kann, § 11 Nr.6 AGBG, ergibt aber nur Sinn im Verhältnis zur Regelung des BGB, denn es wären widersprüchliche Zielsetzungen, einmal die Schutzmöglichkeit im Wege einer Herabsetzung zu beschneiden, und andererseits den Schutz durch eine Unwirksamkeitserklärung ganz erheblich auszudehnen.

---

18) aM: Schmidt-Salzer, NJW 77, 129 (137): "Deshalb ist es nicht gerechtfertigt, unter der in § 9 AGB-Gesetz normierten Generalklausel Kaufleuten einen geringeren Schutz zu gewähren." Dies ist m.E. im Hinblick auf § 24 Satz 2 AGB-Gesetz nicht haltbar. Leitbildfunktion iSd § 9 II Nr.1 AGB-Gesetz hat im Handelsverkehr das HGB.

./.

Weiterhin ist es kaum möglich, eine Bestimmung, die vorsieht, daß eine in AGB's vorgesehene Fiktion einer Erklärung in gewissen Fällen unwirksam ist, § 10 Nr.6 AGB-Gesetz, mit § 362 I HGB oder einer vergleichbaren ausländischen Vorschrift zu kombinieren, wonach schon ein Schweigen ohne jegliche Vereinbarung als Annahme zu fingieren sein kann.

Das AGB-Gesetz hat zum Ziel, gewisse Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild auszuschließen. Die §§ 10 und 11 AGB-Gesetz sind auf das deutsche BGB zugeschnitten. Genausowenig, wie es sinnvoll wäre, sie mit deutschem Handelsrecht zu kombinieren, ist es unmöglich, sie bei Maßgeblichkeit ausländischen Handelsrechts anzuwenden. Daß der Gesetzgeber diese Kombination für die §§ 2, 10 und 11 AGB-Gesetz verhindern wollte, kommt auch dadurch zum Ausdruck, daß er das gleiche Abgrenzungskriterium "Kaufmann" und "zum Betriebe seines Handelsgewerbes" sowohl zur Anwendung von HGB benutzte, § 343 I HGB, als auch zum Ausschluß des AGB-Gesetzes, § 24 I Nr.1 AGB-Gesetz, verwendete. Deshalb ist es nötig, die Kaufmannseigenschaft für beide Gesetze gleich anzuknüpfen. Das kann aber nur über eine selbständige Anknüpfung an die Niederlassung erreicht werden.

Eine lex causae-Regelung führte eben im Falle der unterschiedlichen Beurteilung der Kaufmannseigenschaft, wie obiges Beispiel zeigt, dazu, daß sowohl ausländisches Handelsrecht als auch deutsches Verbraucherschutzrecht gleichzeitig anzuwenden wären. Nun ließe sich einwenden, daß derartige Spannungen über § 12 AGB-Gesetz ausgeglichen werden könnten, denn im obigen Beispielsfall war das AGB-Gesetz gem. § 12 maßgeblich und laut dieser Vorschrift sind die Bestimmungen des Gesetzes in Fällen mit Auslandsberührung nur zu "berücksichtigen".[19] Dies schließt

---

19) Ausführlich dazu Jayme, ZHR 142 (1978), 105 (118 ff)

./.

eine unmittelbare mechanische Anwendung aus.[20] Es kommt darauf an, wie die konkrete Streitfrage im ausländischen Recht gelöst wird und wie sich dies zur Regelung des deutschen Rechts, einschließlich des deutschen Schutzrechts, verhält.[21] Da sich aber der insofern anzustellende Vergleich auf die Vorschriften der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz zu beziehen hätte, und somit indirekt zu einer Regelung auf dem Niveau des BGB, käme es in den meisten Vertragssituationen zu beträchtlichen Unstimmigkeiten. Richtig wäre allein, sofern ausländisches Handelsrecht Vertragsstatut ist, die §§ 10 und 11 des AGB-Gesetzes nicht anzuwenden. Das kann aber über § 12 AGB-Gesetz nicht erreicht werden, da "berücksichtigen" auch bei weitester Auslegung nicht zu einem "nicht berücksichtigen" werden kann. Folglich kann § 12 AGB-Gesetz die Diskrepanzen, die Folge einer unselbständigen Anknüpfung sein können, nicht ausgleichen.

(c) Prozeßrecht

Weitere Störungen der internen Entscheidungsharmonie als Ergebnis einer unselbständigen Anknüpfung ergeben sich mit Blick auf das Prozeßrecht. So ist Sinn der Differenzierung zwischen Streitgericht und der Kammer für Handelssachen, daß das Streitgericht bürgerliches Recht und das Handelsgericht Handelsrecht anwendet. Nun war es, wie obiges Beispiel zeigt, Folge einer unselbständigen Anknüpfung, daß die Zivilkammer französisches Handelsrecht anzuwenden hatte. Ein anderer Beispielsfall, bei dem ähnliche Störungen des inneren Entscheidungseinklangs auftreten, wurde schon oben geschildert.[22]

---

20) Kötz, in: Münchner Kommentar I (1978), § 12 AGB-Gesetz, Rdn 5, S.1544
21) So auch Jayme, aaO (Fn 19), S.119
22) Vgl. oben S.149 (Kleinzirkus-Fall)

./.

Bezüglich § 95 I Nr.1 GVG könnte es bei einer unselbständigen Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft zu einem besonders auffälligen Normenwiderspruch sogar innerhalb ein und derselben Norm kommen. Die Vorschrift kennt nämlich zwei Voraussetzungen für die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen. Zum einen muß die Klage gegen einen Kaufmann gerichtet sein. Zum anderen muß der Anspruch auf einem beiderseitigen Handelsgeschäft beruhen.[23] Ob ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt, bestimmt sich nach dem Statut der Streitfrage.[24] Im Beispielsfall handelte es sich bei französischem Vertragsstatut um ein Geschäft, für das bei einer unselbständigen Anknüpfung beide Parteien Kaufleute waren. Daraus ergäbe sich allein schon bei der Anwendung des § 95 I Nr.1 GVG der Widerspruch, daß ein und dieselbe Person, soweit es um die Voraussetzung eines beiderseitigen Handelsgeschäfts geht, als Kaufmann beurteilt würde und dennoch als Nichtkaufmann anzusehen wäre, soweit es um die weitere Voraussetzung geht, daß der Beklagte Kaufmann ist. Es käme somit in verschiedenerlei Beziehungen zu beachtlichen Störungen der internen Entscheidungsharmonie, wenn das auf die Kaufmannseigenschaft anwendbare Recht im Sinne einer lex causae-Regel bestimmt würde. Anders verhielte es sich bei einer Sonderanknüpfung an die Niederlassung, denn dann wäre gesichert, daß ein Gewerbetreibender im Inland für alle Rechtsverhältnisse einheitlich entweder als Kaufmann oder als Nichtkaufmann angesehen würde.

---

23) Im Rahmen des § 95 I Nr.1 GVG ist für die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft auf den richtigen Zeitpunkt abzustellen. Die Kaufmannseigenschaft des "Beklagten" muß zur Zeit der Klageerhebung vorliegen. Für die weitere Voraussetzung eines "beiderseitigen Handelsgeschäfts" kommt es auf die Kaufmannseigenschaft der Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses an, vgl. Zöllner/Gummer, ZPO (1979), § 95 GVG, Anm.II Nr.1, S.2005; aM: Thomas-Putzo, ZPO (1981), § 95 GVG Nr.2, S.1604. Für die Untersuchung wird vom Regelfall ausgegangen und angenommen, daß sich die Kaufmannseigenschaft des Beklagten nicht vor Klageerhebung geändert hat.

24) s.o.S.111

./.

VI. Normzwecke und Zusammenfassung

Wie die vorhergehende Untersuchung im Abschnitt V ergab, ist aus der Sicht der berührten internationalprivatrechtlichen Interessen einer Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft an die Niederlassung der Vorzug zu geben, denn die Sonderanknüpfung liegt im Parteiinteresse der zu beurteilenden Person, sie steht im Einklang mit den Interessen des Verkehrsschutzes und sie empfiehlt sich aus den Ordnungsinteressen an einem internationalen und nationalen Entscheidungseinklang. Umgekehrt störte eine lex causae-Regel unter all diesen Aspekten erheblich und dies gilt insbesonders auch für den Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes, wie die nach vielen Fallkonstellationen zu unterscheidende Untersuchung ergab.

Doch bevor eine abschließende Stellungnahme möglich erscheint, ist noch zu prüfen, ob der Umstand, daß der Begriff Kaufmann im Hinblick auf verschiedene Normengruppen, wie Handelsrecht, Verbraucherschutzrecht oder Prozeßrecht, relevant ist, auf die Anknüpfungsfrage Auswirkungen haben kann. Dieser Gedanke beeinflußte vor allem Autoren, die sich um die Jahrhundertwende mit der Anknüpfungsfrage befaßt hatten. Sie glaubten, daß die Kaufmannseigenschaft, wenn sie z.B. für prozeßrechtliche Normen Bedeutung hat, nur durch die lex fori bestimmt werden könnte.[1] Aber auch noch heute wird aus diesen Gründen vorgeschlagen, jeweils das Wirkungsstatut anzuwenden, also eine einheitliche Anknüpfung abzulehnen.[2] Dahinter verbirgt sich der Gedanke, daß mit diesen Normen jeweils verschiedene Zielsetzungen verfolgt würden, die nicht ohne Einfluß auf die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft bleiben könnten.

---

1) s.o. S.151

2) Vgl. oben S.183 ff

./.

Deshalb ist in diesem Abschnitt die Zielsetzung dieser verschiedenen Normengruppen zu konkretisieren. So ist es z.B. ein wesentliches Ziel des AGB-Gesetzes, einen umfassenden Verbraucherschutz zu gewährleisten. Eine Anknüpfungsregel, die dieser Zielsetzung zuwiderliefe, störte erheblich.

Da die Kaufmannseigenschaft, wie die bisherige Untersuchung ergab, keiner bestehenden Kollisionsregel zugeordnet werden kann, kommt dieser Abgrenzung der berührten Sachnorm und der Herausarbeitung ihrer Zielsetzung erhebliches Gewicht für die neuzubildende Regel zu. Es wäre jedoch nicht richtig, allein nach der Zielsetzung der Normen zu fragen, vielmehr ist es nötig, genau zu prüfen, welche Funktion dem Kaufmannsbegriff im Rahmen dieser Zielsetzung zukommt.

Nun ist auch an dieser Stelle darauf hinzuweisen, daß eine Entscheidung zugunsten des einen oder anderen Anknüpfungsweges immer dann offen bleiben kann, wenn die zu beurteilende Person ihre Niederlassung im räumlichen Geltungsbereich des maßgeblichen Wirkungsstatuts hat, da in diesem Fall die selbständige wie die unselbständige Anknüpfung zu der gleichen Rechtsordnung führen.

Des weiteren kann die Anknüpfungsfrage offen bleiben, wenn die zu beurteilende Person nach allen in Frage kommenden Rechtsordnungen Kaufmann ist. Doch schon diese Frage wird nicht so einfach zu beantworten sein, denn es ist umstritten, auf welche Weise zu beurteilen ist, ob ein Ausländer Kaufmann iSd deutschen Rechts ist.[3)]

Es wird somit einfacher und in vielen Fällen sogar notwendig sein, sich für die eine oder andere Anknüpfungsregel zu entscheiden,und in diesem Abschnitt wird geprüft, ob die verschiedenen Zielsetzungen der Normen auf diese Frage Einfluß haben.

---

3) Dazu vgl. oben S.237 ff

./.

Nun wird in diesem Abschnitt nicht mehr ausführlich auf alle kollisionsrechtlichen Probleme einzugehen sein, die oben schon behandelt wurden. Dies trifft z.B. für die Frage zu, unter welchen Voraussetzungen ein Ausländer Sollkaufmann iSd § 2 HGB ist, denn dieses Problem war für alle Gruppen von Normen erheblich und deshalb vorweg darzustellen. So dient dieser Abschnitt auch dazu, die wichtigsten schon herausgearbeiteten Erkenntnisse noch einmal zusammenzufassen und dies bezogen auf die jeweilige Gruppe von Sachnormen. Dabei wird häufig auf die entsprechenden Untersuchungsabschnitte nach oben zu verweisen sein. Eine weitere Zusammenfassung wird nicht mehr notwendig sein, so daß im Anschluß an diesen Abschnitt der 4.Teil nur noch das Ergebnis dieser Untersuchung, nämlich einen Vorschlag zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft in kürzester Form, enthalten wird.

1. Öffentlichrechtliche Verpflichtungen

An die Kaufmannseigenschaft knüpfen sich einige Verpflichtungen öffentlichrechtlicher Art, wie z.B. die Pflicht, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen,[1] Bücher zu führen[2] und jährlich ein Inventar und eine Bilanz zu erstellen.[3] Diese Bestimmungen finden sich in einem Gesetz, das überwiegend die Privatrechtsverhältnisse regelt. Dennoch sind sie dem Öffentlichen Recht zuzuordnen. Das ergibt sich zum einen aus dem mit der Normsetzung verfolgten Interesse, die Sicherheit und Leitigkeit sowie den ordnungsgemäßen Ablauf des Geschäftsverkehrs zu fördern. Das ergibt sich aber auch aus der Androhung von Sanktionen zur Einhaltung dieser Pflichten.[4]

---

1) §§ 2, 29 HGB
2) § 38 HGB
3) § 39 HGB
4) Vgl. § 14 HGB

./.

Diese Berufsausübungsregelungen gelten aufgrund ihrer Zuordnung zum Öffentlichen Recht zunächst für alle inländischen Unternehmen, wobei es nicht auf die Staatsangehörigkeit oder den Wohnsitz des Inhabers, sondern allein auf die Belegenheit der Niederlassung ankommt.[5] Wer Kaufmann im Sinne dieser Verpflichtungen ist, bestimmt das Internationale Öffentliche Recht (IÖR). Bei inländischer Hauptniederlassung weisen alle Anknüpfungsgesichtspunkte auf die §§ 1 ff HGB.

Etwas schwieriger gestaltet sich die Behandlung von Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmungen. Da für die ausländische Hauptniederlassung deutsches Recht nicht gilt, sind diese Zweigniederlassungen, wie § 13b II HGB, eine Kollisionsnorm des IÖR, klarstellt, registerrechtlich wie inländische Hauptniederlassungen zu behandeln.[6] Die in dieser Vorschrift enthaltene Einschränkung ("soweit nicht ausländisches Recht Abweichungen nötig macht") hat auf die Anknüpfungsfrage keinen Einfluß. Sie bezieht sich z.B. nur auf die Frage des Vorliegens von Handlungsvollmachten oder auf ausländisches Gesellschaftsrecht, soweit die Frage des Bestehens einer Gesellschaft zu beantworten ist. Die Zweigniederlassung ist einzutragen, wenn eine Kaufmannseigenschaft nach deutschem Recht vorliegt. Deutsches Recht ist deshalb maßgeblich, weil ansonsten die Gefahr bestünde, daß der Schutzzweck des Gesetzes partiell unterlaufen würde. Das wäre z.B. der Fall, wenn eine französische Winzergenossenschaft, die wegen des Bezugs zur landwirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder anders als gem.§ 17 II GenG nach französischem Gesetz kein Kaufmann ist, in Deutschland eine Zweigniederlassung zum Absatz ihrer Produkte unterhält. Wäre insoweit französisches Recht für die Kaufmannseigenschaft maßgeblich, könnte inländisches Recht zur Regelung der Berufsausübung unterlaufen werden.

---

5) Vgl. Baumbach-Duden, HGB (1980), § 13b Anm.A, S.65 für deutsches Registerrecht

6) So auch:Schlegelberger-Hildebrandt,HGB I (1973), § 13b Rdn 1, S.137

Die Zweigniederlassung kann auf zwei Wegen iSd deutschen Rechts als Vollkaufmann[7] anzusehen sein. Oft wird es so sein, daß schon die ausländische Hauptniederlassung diejenigen Kriterien erfüllt, die nötig sind, um iSd deutschen Rechts als Vollkaufmann angesehen zu werden. Es reicht aber aus, wenn von der Zweigniederlassung eine Tätigkeit ausgeübt wird, die zur Kaufmannseigenschaft nach deutschem Recht führt.[8]

Somit ist im Ergebnis die Kaufmannseigenschaft des Inhabers einer in Deutschland belegenen Niederlassung, jedenfalls soweit es um öffentlichrechtliche Vorschriften geht, stets nach dem deutschen Recht der Niederlassung zu beurteilen.

Dies weist eine deutliche Parallele zu einer Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft im IPR auf, denn jeweils ist das Recht am Ort der Niederlassung maßgeblich. Dabei reicht es aus, daß eine Kaufmannseigenschaft nach dem Recht am Ort der Zweigniederlassung besteht. Somit kann der inländische Verkehr mit Blick auf seine Vertragsbeziehung sicher sein, daß ein ausländisches Unternehmen, das in Deutschland eingetragen ist, Kaufmann iSd deutschen Rechts ist. Das hat praktische Auswirkungen. Wenn z.B. bei einem Rechtsstreit zwischen Kaufleuten das Handelsgericht gem. § 45 I HGB die Vorlage der Handelsbücher anordnet, ist es günstig, wenn die für die Buchführungspflicht erforderliche Vorfrage der Kaufmannseigenschaft, § 38 I HGB, nach dem gleichen Recht zu beurteilen ist wie auch im Hinblick auf die Anwendung von Handelsrecht.

In diesem Zusammenhang ist auch auf das Firmenrecht einzugehen. Die Firma als Name des Kaufmanns, § 17 I HGB, hat zum einen Bedeutung für öffentlichrechtliche Verpflichtungen, denn

---

7) Die Eintragungs- und Buchführungspflicht besteht nicht für Minderkaufleute, § 4 I HGB.

8) In diesem Sinne auch: Brüggemann, in Großkommentar HGB I (1967), § 6 Anm.6, S.192

./.

die Firma ist z.B. in das Handelsregister einzutragen, § 29 HGB. Sie kann zum anderen auch im privatrechtlichen Bereich wichtig sein, soweit es z.B. um den Firmenschutz gegenüber Konkurrenten geht.[9] Die Firma ist aber auch prozeßrechtlich relevant, denn der Kaufmann kann unter seiner Firma klagen und verklagt werden, § 17 II HGB.[10]

Ohne nach dem Zusammenhang zu unterscheiden, wird die Firma als Handelsname nach dem Recht am Ort des Unternehmenssitzes bestimmt.[11] Dies wird regelmäßig auch der Ort der Niederlassung sein. Da nun die (Voll-) Kaufmannseigenschaft[12] Voraussetzung für die Führung einer Firma ist, § 17 I HGB, hätte eine Sonderanknüpfung an die Niederlassung den erheblichen Vorteil, daß das gleiche Statut für die Firma wie auch für die Kaufmannseigenschaft maßgeblich wäre. Es erscheint kaum vertretbar zu sein, die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft und der Firma nach verschiedenen Kriterien vorzunehmen, da sich beide gegenseitig bedingen. Die Kaufmannseigenschaft verpflichtet zum Führen einer Firma und die Firma setzt die Kaufmannseigenschaft voraus. Im Handelsverkehr ist die Firma Kennzeichen der Kaufmannseigenschaft. Das Führen einer Firma nach ausländischem Recht könnte sogar im Einzelfall als ein "datum" bei der Bestimmung der Kaufmannseigenschaft eines ausländischen Unternehmens zu verwenden sein. Somit spricht sowohl die wünschenswerte Parallelität zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im IÖR wie auch die notwendige Identität zwischen Firma und Kaufmannseigenschaft für eine Sonderanknüpfung an die Niederlassung.

---

9) Dazu, daß § 12 BGB auch den Schutz des Handelsnamens erfaßt, schon RGZ 117, 215 (218)

10) Das gilt auch für Ausländer, Riezler, IZPR (1949), S.417

11) Kegel, IPR (1977), S.274; Palandt-Heldrich, Art.7 EGBGB (1981), Anh.2, S.2094

12) Minderkaufleute haben keine Firma, § 4 I HGB.

./.

2. Handelsprivatrecht

Im Zentrum des Interesses steht die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im Hinblick auf die Anwendung von Handelsrecht. In diesem Bereich erlangt die Kaufmannseigenschaft, wie wir gesehen haben,[1] erstmals Bedeutung. In diesem Bereich sind aber auch die materiellrechtlichen Auswirkungen besonders gewichtig. Die Summe der Regelungen des Handelsrechts läßt diese Normengruppe als eine gegenüber dem BGB höhere Regelungsebene erscheinen. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß es nicht die Kaufmannseigenschaft selber ist, die unmittelbar zur Anwendung der Sachnormen des Handelsrechts führt. Diese Aufgabe obliegt hauptsächlich dem Begriff "Handelsgeschäft", wie er in § 343 I HGB definiert ist. Dieser Begriff ist von einem persönlichen und einem sachlichen Merkmal geprägt. Das sachliche Merkmal ist die Zugehörigkeit des Geschäfts zum Handelsgewerbe und dies wird durch die Vermutung des § 344 HGB abgesichert. Das persönliche Merkmal ist die Kaufmannseigenschaft und es wurde herausgearbeitet, daß sich die Kaufmannseigenschaft methodisch als eine Teilfrage dieses Begriffs Handelsgeschäft darstellt.[2] Folglich besagt § 345 HGB auch nicht, daß eine Partei "Kaufmann" sein muß, damit Handelsrecht anzuwenden ist, es muß vielmehr ein "Handelsgeschäft" vorliegen, jedenfalls auf der einen Seite des Vertrages. Es sind somit die §§ 343 bis 345 HGB, die grundlegend für die Maßgeblichkeit von Handelsrecht sind und nicht die §§ 1 bis 7 HGB.

Ob Handelsrecht oder bürgerliches Recht anzuwenden ist, beurteilt sich nach dem Vertragsstatut, also bei deutschem Statut nach den §§ 343 bis 345 HGB. Wenn eine Rechtsordnung für gewisse Bereiche des Handelsverkehrs gesondertes Recht zur Verfügung stellt, kann

---

1) S.o. S.16 ff

2) Vgl. oben S.127 ff

./.

auch nur dieser Rechtsordnung entnommen werden, für welche Bereiche dieses Sonderrecht gelten soll. Allerdings steht diese Aussage einer Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft nicht entgegen, denn diesbezüglich wird wieder wichtig, daß die Kaufmannseigenschaft eben nur eine Teilvoraussetzung für die Anwendung von Handelsrecht ist. Und das gleiche gilt auch insoweit, als in Abänderung von § 345 HGB die meisten Sachnormen des Handelsrechts das zusätzliche Erfordernis aufstellen, daß für beide Seiten des Vertrages das Geschäft ein Handelsgeschäft ist, oder daß beide Parteien Kaufleute sind.

Wenn die vorangegangene Überlegung folglich einer Sonderanknüpfung nicht entgegensteht, so reicht es noch nicht aus. Es muß darüberhinaus einen zusätzlichen Grund geben, der für eine Sonderanknüpfung spricht. Grundsätzlich obliegt die Ausfüllung tatbestandlicher Voraussetzungen dem Vertragsstatut. Das Vertragsstatut regelt die Entstehung und Wirksamkeit, den Inhalt und die Auslegung, sowie die Abwicklung eines Rechtsverhältnisses.[3] Nur ausnahmsweise sind Ausnahmen und Einschränkungen geboten, und dies geschieht oft im Wege der Sonderanknüpfung. Eine Sonderanknüpfung ist vorgesehen für die Rechts- und Geschäftsfähigkeit und die Form des Rechtsgeschäfts. Dies ist weiterhin anerkannt für das Schweigen im Rechtsverkehr und für die Sonderanknüpfung der im Falle mangelnder Erfüllung zu treffenden Maßnahmen.[4] Auch für die Teilfrage der Kaufmannseigenschaft könnte eine Sonderanknüpfung geboten sein.

Um dies abschließend zu klären, soll im Folgenden zunächst geprüft werden, ob der Begriff Kaufmann selber einer Sonderanknüpfung zugänglich ist. Anschließend ist auf die Vereinbarkeit einer Sonderanknüpfung mit dem vom Handelsrecht verfolgten Zweck einzugehen.

---

3) Vgl. Kegel, IPR (1977), S.296 und Art.10 I EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (1980).

4) Vgl. Art.10 II des Übereinkommens (Fn 3)

./.

a) Sonderanknüpfungsgeeignetheit des Kaufmannsbegriffs

Um zu klären, ob der Begriff Kaufmann für eine Sonderanknüpfung geeignet ist, wird der Begriff des Kaufmanns selber zu untersuchen und von verwandten Begriffen abzugrenzen sein.

(1) Definition des Kaufmannsbegriffs

Ausgangspunkt der Betrachtung über die Sonderanknüpfungsgeeignetheit des Begriffs Kaufmann muß die in den §§ 1 ff HGB vorgegebene Definition sein. Dabei ist zunächst wichtig, daß es mehrere Arten von Kaufleuten gibt.

Die Mußkaufmannseigenschaft setzt die Ausübung einer der in § 1 II HGB aufgeführten Tätigkeit voraus, z.B. das Betreiben einer Druckerei, § 1 II Nr.9 HGB. Das ist ein Merkmal, das rein deskriptiv ist und keine Beurteilungsprobleme bereitet. Es ist also gleichgültig, in welchem Land der Betrieb steht, es wird stets objektiv gesehen, eine Druckerei sein oder nicht. Aber schon § 1 II Nr.9 HGB enthält ein weiteres Kriterium, denn der Betrieb darf nicht "handwerksmäßig" betrieben werden. Was darunter zu verstehen ist, das kann von den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich beurteilt werden. Insofern kommt es u.a. auf den Entwicklungsstand des Landes an, in dem der Beruf ausgeübt wird. So war damals, als Kraftfahrzeuge erstmals im Straßenverkehr benutzt wurden, nach französischem Recht der Taxifahrer ein Kaufmann, da die Maschine gegenüber der Dienstleistung in ihrer Bedeutung so im Vordergrund stand, daß der Taxifahrer als Transportunternehmer (entreprise de transport par terre), Art.632 V 3.Alt. fr.c.com., angesehen wurde.[5] Heute, da die Dienstleistung wertvoller ist als der Wagen, wird der Taxifahrer als Handwerker eingestuft.[6] Schon dieses Beispiel zeigt den Einfluß

5) Paris, 21.10.1937, D.H. 1937.3.592

6) Cass.Com. 4.12.1968 D.S. 1969.2.200

./.

der heimatlichen Umgebung auf die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft.

Dieser Einfluß zeigt sich aber auch über weitere Merkmale der Definition des Kaufmanns. So reicht die Ausübung einer der in § 1 II HGB aufgeführten Tätigkeiten nicht aus, um Kaufmann zu werden. Erforderlich ist darüberhinaus, daß der Betrieb als "Gewerbe" anzusehen ist, § 1 I HGB. Das setzt u.a. voraus, daß die Tätigkeit nicht als ein freier Beruf angesehen wird. Welche Berufe diesem Bereich zuzurechnen sind, entscheidet sich nach der durch die Tradition bestimmten Verkehrsauffassung. Gelegentlich findet sich z.B. für Rechtsanwälte eine gesetzliche Regelung.[7)] In jedem Fall beruht diese Zuordnung auf rechtspolitischen Erwägungen, die von Rechtsordnung zu Rechtsordnung unterschiedlich sein können, und auch insofern ist ein Blick auf das heimatliche Recht notwendig.

Auch die Sollkaufmanns- und Formkaufmannseigenschaft kennen neben dem objektiven Erfordernis der Eintragung in ein Register auch die Notwendigkeit, ein Gewerbe auszuüben. Darüberhinaus ist es notwendig, daß der Geschäftsbetrieb einen gewissen Umfang erreicht, §§ 2, 4 II HGB, und insofern muß auf die Niederlassung geschaut werden.

Schließlich sind es auch rechtspolitische Erwägungen, die dazu führen, daß die Landwirte anders behandelt werden und die Tätigkeiten der Urproduktion, wie Bergwerke, Steinbrüche u.ä. in den Katalogen des deutschen und französischen Rechts nicht aufgeführt werden.

Die Definition des Kaufmanns ist somit von Elementen geprägt, die geeignet sind, von den verschiedenen Rechtsordnungen unter-

---

7) § 2 Bundesrechtsanwaltsordnung (1959)

schiedlich bestimmt zu werden. Die Einbindung der beruflichen Tätigkeit, vor allem in die Bedingungen am Ort der Berufsausübung, legt eine Sonderanknüpfung nahe.

(2) Vergleich zum Begriff des Unternehmens

Um dies zu verdeutlichen, ist ein Vergleich zu dem Begriff des "Unternehmens" nützlich. Dieser Begriff wird im deutschen Recht eher beiläufig im Katalog des § 1 II HGB erwähnt, da das Gesetz die Schleppschiffahrt nur dann den Mußkaufleuten zuordnet, wenn der Betrieb als "Unternehmen" zu bezeichnen ist, § 1 II Nr.5 HGB.[8] Der Begriff "entreprise" hat im französischen Recht, das keine Sollkaufmannseigenschaft im Sinne des § 1 II HGB kennt, schon eine gewichtigere Rolle, denn manche Tätigkeiten aus den Katalogen der Art.632, 633 fr.c.com. sind nur dann Handelsgeschäfte und führen nur dann zur Kaufmannseigenschaft, wenn sie im Rahmen eines Unternehmens ausgeübt werden. Schließlich ist der Begriff "impresa" im italienischen Recht ein Kriterium, das jedenfalls zur Maßgeblichkeit einiger öffentlichrechtlicher Verpflichtungen führt.

Im französischen Recht wird ein Gewerbe als ein "entreprise" bezeichnet, wenn sich die Geschäfte ständig wiederholen und zudem im Rahmen einer gewissen Organisation ausgeübt werden.[9] Die Definition des italienischen Rechts in Art.2082 it.c.civ. stellt gleichfalls auf den Austausch von Waren und Dienstleistungen im

---

8) Im deutschen Recht hat der Begriff "Unternehmen" keine zentrale Bedeutung. Er taucht gelegentlich in wettbewerbsrechtlichen Vorschriften auf, vgl. § 16 UWG, § 1 GWG. Verschiedentlich ist gefordert worden, den Begriff Kaufmann im HGB durch den Begriff Unternehmen zu ersetzen, Raisch, Festschrift Ballerstedt (1975), 443 (445). Dies blieb ohne Auswirkungen, wie sich an Hand der neueren Gesetzgebung zur ZPO (1974) und zum AGB-Gesetz (1977) zeigt, vgl. oben Einleitung S.1.

9) siehe Hamel-Lagarde, Traité I (1954), Rdn 157, S.184

./.

Rahmen einer gewissen Organisation ab.[10] Es ist folglich die Art und Weise des betrieblichen Ablaufs, die wesentlich den Begriff Unternehmen prägt.

Dennoch ist sowohl der Begriff des Kaufmanns wie auch der Begriff des Unternehmens jeweils ein subjektives Element eines Abgrenzungssystems, denn beide Begriffe führen zur Anwendung eines Sonderrechts, wenn individuelle Gegebenheiten erfüllt sind. Ein rein objektives Anwendungssystem wäre z.B. eine Bestimmung, daß nur Geschäfte mit einem Geschäftswert von bis zu 5000 £ in den Schutz eines Abzahlungsgesetzes fallen.[11]

Da in diesem Sinne beide Begriffe subjektive Elemente[12] eines Anwendungssystems sind, stellt sich die Frage, ob nicht auch der Begriff Unternehmen einer Sonderanknüpfung zugänglich ist, und welche Unterschiede sich zum Begriff des Kaufmanns ergeben. So könnte daran gedacht werden, bei ausländischem Vertragsstatut einen in Deutschland gelegenen Gewerbebetrieb hinsichtlich der Einordnung als Unternehmen nach deutschem Recht zu beurteilen.

Jedoch sind zwei Gruppen von subjektiven Elementen zu unterscheiden. Die eine Gruppe knüpft eine Beziehung zwischen einer Handlung und dem Autor der Handlung. Das ist etwa der Fall bei der Frage, ob der Handelnde geschäftsfähig war oder ob er eine eventuell notwendige behördliche Erlaubnis zum Betreiben des Gewerbes besaß.[13] In diesen Fällen wird häufig eine Sonderan-

---

10) Vgl. oben S.225 f

11) Vgl. oben S.16 Fn 6

12) Siehe oben S.14, wo der Begriff entreprise als subjektives Abgrenzungskriterium bezeichnet wurde, um den Schein von der objektiven Konzeption des französischen Anwendungssystems zu widerlegen.

13) Zu denken ist etwa an eine vormundschaftliche Genehmigung, § 112 I 1 BGB

knüpfung in Frage kommen, weil diese rein subjektiven Elemente in den verschiedenen Rechtsgebieten aufgrund rechtspolitischer Wertung unterschiedlich auszufüllen sind. Dagegen stellen andere subjektive Elemente eine Beziehung her zwischen einer Handlung und der Art und Weise, in der diese Handlung ausgeführt wird. Um solche Kriterien handelt es sich, wenn unterschieden wird, ob manuell oder mit mechanischen Hilfsmitteln gearbeitet wird, ob in Serie produziert wird bzw. nur auf Bestellung einzeln angefertigt wird. Insofern scheint eine Sonderanknüpfung nicht geboten, weil diese Elemente nicht von der Einbindung einer Person in eine Rechtsordnung beeinflußt sind und rechtspolitische Erwägungen zurücktreten.

Der Begriff Unternehmen ist eher ein reiner Tatsachenbegriff, der der zweiten Gruppe von subjektiven Elementen zuzuordnen ist. Personenbezogene Merkmale haben keinen Einfluß, die Art und Weise der Geschäftstätigkeit ist maßgebend. Diese bestimmt sich aber unabhängig von dem Einfluß ausländischen Rechts. Ob z.B. eine Spinnerei zum Betrieb Maschinen benötigt, beurteilt sich unabhängig von der örtlichen Lage des Unternehmens nur nach den betrieblichen Erfordernissen. So ist das "Unternehmen" eher eine betriebswirtschaftliche Bezeichnung, die in den juristischen Bereich zur Abgrenzung übernommen wurde.[14)] Das schließt nicht aus, daß im Einzelfall ausländische Gegebenheiten mit berücksichtigt werden können, so z.B. bei der Frage, ob die oben erwähnte Spinnerei in einem industrialisierten Land liegt oder in einem Entwicklungsland, wo eventuell nur eine einzige Maschine ausreicht, um den Gewerbebetrieb schon als Unternehmen zu qualifizieren. Eine kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung des Begriffs "Unternehmen" ist jedoch nicht geboten.

---

14) Da für den Begriff Unternehmen die Organisationsform das maßgebliche Kriterium ist, können z.B. nach italienischem Recht auch Ärzte oder Anwälte "imprenditore" sein, vgl. Art.2238 it.c.civ.1942.

Der Begriff "Unternehmen" unterscheidet sich erheblich von der Kaufmannseigenschaft. Letztere ist häufig in den verschiedenen Gesetzgebungen definiert, was auf ein eigenes Interesse der verschiedenen Staaten an der Eingrenzung des Personenkreises hinweist. Die Kaufmannseigenschaft ist keine bloße Tatsache, sondern ein Rechtsbegriff, der für die Personen, die er erfaßt, zur Folge hat, daß sich eine Vielzahl von Rechtsfolgen daran knüpfen. In die Begriffsbestimmung finden rechtspolitische Wertungen Eingang. So werden z.B. freie Berufe ausgenommen und Landwirte atypisch behandelt. Dagegen ist der Begriff "Unternehmen" ein neutraler Begriff. Er ist im Kern Inbegriff einer Organisationsform, nichts weiter.

Auch die Struktur der Definition ist unterschiedlich. Abgesehen davon, daß nur der Kaufmann gesetzlich definiert ist, beinhaltet die Definition des Kaufmanns eine ganze Reihe unterschiedlicher Kriterien. Ein Merkmal ist z.B. im französischen Recht das Begehen von a.d.c. So wird über dieses Erfordernis bei den genannten Geschäften der Begriff "entreprise" selber zu einem Bestandteil der Definition des Kaufmanns. Das Unternehmen kann also im französischen Recht von mehreren Merkmalen nur eines der Definition der Kaufmannseigenschaft sein.

Es ist die Summe der Voraussetzungen und die Vielzahl der Rechtsfolgen, die den Begriff Kaufmann im Gegensatz zum Unternehmen sonderanknüpfungsfähig macht. Hinzu kommt, daß nur die Merkmale der Definition des Kaufmanns von rechtspolitischen Wertungen des heimatlichen Rechts geprägt sind, so daß eine Sonderanknüpfung sinnvoll sein könnte.

(3) Vergleiche zur Geschäftsfähigkeit

Es ist noch einmal auf das Verhältnis der Kaufmannseigenschaft zur Geschäftsfähigkeit einzugehen. Oben wurde klargestellt, daß

./.

die Kaufmannseigenschaft keine besondere Form der Geschäftsfähigkeit ist und somit keinesfalls in den Regelungsbereich des Art.7 EGBGB fällt.[15)] Doch es gibt auch deutliche Parallelen. Die Geschäftsfähigkeit ist, um mit einem Vergleich die Aussage deutlicher zu machen, die Geschäftsgrundlage des BGB. Handelsrecht sitzt auf dem BGB. Praktisch ist für Handelsrecht die Geschäftsgrundlage die Kaufmannseigenschaft eines oder beider Beteiligter. So wie sich Handelsrecht gegenüber dem BGB als gehobenes Regelungsniveau darstellt, so erscheint die Kaufmannseigenschaft gegenüber der Geschäftsfähigkeit als eine Art gehobene Geschäftsfähigkeit.

Dieser Vergleich läßt sich noch verfeinern. Stellt sich die beschränkte Geschäftsfähigkeit als sozusagen"kleine Geschäftsgrundlage"für bürgerliches Recht dar, gilt für Handelsrecht das gleiche im Hinblick auf die Minderkaufmannseigenschaft. Von der Geschäftsunfähigkeit über die beschränkte Geschäftsfähigkeit und weiter von der Geschäftsfähigkeit über die Minderkaufmannseigenschaft bis schließlich zur Vollkaufmannseigenschaft ergibt sich eine Stufenleiter ständig steigender Rechtsgeschäftsfähigkeiten.[15a)] Dazu folgendes Beispiel: Nehmen wir an, ein Motorradhändler klagt auf Zahlung des Kaufpreises und einer fällig gewordenen Vertragsstrafe, die über eine AGB-Klausel vereinbart wurde. Gegenüber einem Vollkaufmann wird er voll durchdringen, denn der Vertrag

---

15) s.o.S.98

15a) Das ist wohl auch gemeint, wenn Wengler in der Kaufmannseigenschaft eine "qualifizierte Anforderung an die Geschäftsfähigkeit" sieht, Wengler, Int.Privatrecht (1981), Bd.I, S.563. Allerdings vollzieht Wengler nicht den Schritt, die Kaufmannseigenschaft deshalb wie die allgemeine Geschäftsfähigkeit im Grundsatz sonderanzuknüpfen. Für ihn ist die Kaufmannseigenschaft eine besondere Anforderung des Geschäftsstatuts an die Vertragsparteien und es wurde schon darauf hingewiesen, daß Wengler "im Zweifel" es auch diesem Geschäftsstatut überlassen will, die Kaufmannseigenschaft der Beteiligten zu bestimmen, s.o.S.201.

./.

ist gültig und die Vertragsstrafe nicht herabsetzbar, § 348 HGB. Gegenüber einem Minderkaufmann wird er weniger Erfolg haben; zwar ist der Vertrag gültig, aber die Vertragsstrafe ist herabsetzbar, § 351 HGB iVm § 343 BGB.[16] Von einem geschäftsfähigen, aber nichtkaufmännischen Käufer kann er lediglich den Kaufpreis verlangen, denn die Vertragsstrafe ist unwirksam, § 11 Nr.6 AGB-Gesetz. Gegenüber einem beschränkt Geschäftsfähigen hängt selbst der Kaufpreis von der Genehmigung der gesetzlichen Vertreter ab, § 108 I BGB. Schließlich wird der Motorradhändler bei einer Klage gegen einen Geschäftsunfähigen überhaupt keine Aussicht auf Erfolg haben, § 105 I BGB. Die Klage hätte folglich immer weniger Aussicht auf Erfolg, je eher sie sich gegen einen Beklagten auf der unteren Sprosse der Leiter der Geschäftsfähigkeiten richtete.

Diese Parallele zwischen Geschäftsfähigkeit und Kaufmannseigenschaft deutet darauf hin, auch die Kaufmannseigenschaft gesondert anzuknüpfen. Dies heißt jedoch nicht, und es wird wichtig sein darauf zu achten, daß dies in einer Art.7 EGBGB entsprechenden Weise geschehen müßte. Insbesondere ist eine, wie oben dargelegt,[17] analoge Anwendung des Art.7 III EGBGB abzulehnen.

Doch insgesamt hat die Untersuchung des Kaufmannsbegriffs gezeigt, daß die Merkmale der Definition stark von heimatlichen Gegebenheiten geprägt sind, so daß eine Sonderanknüpfung durchaus sinnvoll sein könnte.

---

16) Auch Minderkaufleute sind vom Schutz des AGB-Gesetzes ausgenommen, § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz.

17) Vgl. oben S.279 ff

./.

b) Zielsetzung des Handelsrechts und Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft

Die weitere Frage wird sein, wie sich eine Sonderanknüpfung zum Zweck des Handelsprivatrechts verhält.

Das Handelsrecht dient vielfältigen Bedürfnissen des Handelsverkehrs. Von besonderer Wichtigkeit ist die Schnelligkeit der Abwicklung der Rechtsgeschäfte. Deshalb gelten z.B. kürzere Fristen für die Mängelrüge. Auch andere schwerfällige Vorschriften wurden flexibler gestaltet. So gibt es die Möglichkeit des Notverkaufs und auch die Einrede der Vorausklage bei einer Bürgschaft wurde für den Handelsverkehr abgeschafft, § 349 HGB. Ein Fehlverhalten eines kaufmännischen Vertragspartners wird besonders streng sanktioniert. So können schon ab Fälligkeit Zinsen verlangt werden, § 343 HGB, oder es wird der anderen Seite ein besonderes Rücktrittsrecht eingeräumt, vgl. § 376 I Satz 1 HGB.

Doch dieses Eingehen auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs ist nicht alleine für die Anwendung von Handelsrecht ausschlaggebend. Grundsätzlich wäre es auch für den bürgerlichen Rechtsverkehr von Vorteil, wenn die Geschäfte schnell abgewickelt würden oder wenn Sanktionen zur korrekten Ausführung der Geschäfte anhielten. Das entscheidende Kriterium für den Umstand, daß nur dem Handelsverkehr diese besonderen Rechte und Pflichten zukommen, besteht darin, daß anderen Teilnehmern am Geschäftsverkehr, die nicht über diese weitgehende Sachkenntnis und Entschlußfreudigkeit verfügen, die Anwendung dieser strengen Vorschriften nicht zugemutet werden können.[18] Diese Abgrenzung vorzunehmen, das ist die Funktion des Begriffs Kaufmann.

---

18) In diesem Sinne auch Bandasch, Gemeinschaftskommentar zum HGB (1980), § 343, Anm.1, S.853

./.

Der Gesetzgeber geht davon aus, daß eine Person, die die Voraussetzungen der §§ 1 ff HGB erfüllt, aufgrund ihrer Berufstätigkeit die nötige persönliche Fähigkeit besitzt, um ihr die Anwendung des Sonderrechts zuzumuten. Ob aber eine solche Erfahrung in Bezug auf Handelsrecht besteht, kann nur am Ort der Niederlassung beurteilt werden, denn an diesem Ort entscheidet sich maßgeblich, ob ein Gewerbetreibender lediglich im allgemeinen Zivilrecht oder auch im Handelsrecht geübt ist. Im Verhältnis zu dieser Erfahrung ist die Verschiedenheit der Sachnormen des Handelsrechts zwischen den beteiligten Rechtsordnungen weniger wichtig, als die Verschiedenheit der Regelung zwischen bürgerlichem Recht und Handelsrecht innerhalb einer Rechtsordnung. Das Gesetz will nur demjenigen Handelsrecht zumuten, der auch im Handelsrecht erfahren ist,und ob z.B. ein Franzose handelsrechtliche Erfahrungen besitzt, das richtet sich nach dem französischen Recht am Ort der Niederlassung. Dieser Umstand ist der entscheidende Grund für eine Sonderanknüpfung.

Eine lex causae-Regel berücksichtigt die individuelle Erfahrung nicht. Sie führte im Konfliktsfall unterschiedlicher Beurteilungen der Kaufmannseigenschaft dazu, daß z.B. ein nicht im Umfang mit Handelsrecht erfahrener deutscher Gewerbetreibender im Hinblick auf französisches Vertragsstatut dem Handelsrecht unterstellt werden kann und umgekehrt.

In diesem Zusammenhang ist noch einmal auf den Einwand einzugehen, daß eine Sonderanknüpfung oft nicht durchführbar ist, weil die berufene Rechtsordnung einen dem Kaufmann vergleichbaren Begriff nicht kennt.[19)] Dem ist zu entgegnen, daß insoweit eine Sonderanknüpfung garnicht geboten ist, denn kennt eine Rechtsordnung die Unterscheidung zwischen Handelsrecht und allgemeinem

---

19) Vgl. oben S.210

./.

Zivilrecht nicht, so besteht für diese Gewerbetreibenden auch keine Vertrauensposition in dem Sinne, daß sie erwarten, ihre Rechtsgeschäfte würden sich nach dem bürgerlichen Recht oder dem Handelsrecht richten. Einer Sonderanknüpfung fehlte die innere Berechtigung. Daß in diesem Fall ersatzweise auf das Wirkungsstatut zurückzugreifen ist, stört deshalb auch nicht das Parteiinteresse dieses Ausländers. Auch wenn häufig auf die lex causae zurückzugreifen sein wird, weil viele Rechtsordnungen einen Kaufmannsbegriff nicht kennen, so darf dies nicht verhindern, daß in all den Fällen, in denen eine Sonderanknüpfung durchaus angebracht und sinnvoll ist, darauf verzichtet wird.

Da allein das Vorliegen entsprechender Berufserfahrung maßgeblich ist, die Kaufmannseigenschaft somit kein Persönlichkeitsrecht ist und insbesondere keine, einem besonderen Status vergleichbare Position darstellt, reicht es aus, wenn im Falle mehrerer Niederlassungen in verschiedenen Ländern die Erfahrungen am Ort einer Zweigniederlassung erworben wurden, auch wenn die Berufstätigkeit am Ort der Hauptniederlassung nicht als kaufmännisch eingestuft sein sollte.[20)]

Fassen wir zusammen, so ergibt sich, daß die Zielsetzung des Handelsrechts vom Gesetzgeber nur einem Personenkreis zugemutet wurde, den er für berufserfahren und damit handelsrechtserfahren hält. Ob diese Erfahrung vorliegt, kann, wann immer dies möglich ist, nur am Ort der Niederlassung festgestellt werden. Deshalb ist im Prinzip von einer Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft auszugehen. Dies dient, und insoweit ist nach oben zu verweisen, dem Parteiinteresse,[21)] es stört den Verkehrsschutz

---

20) Vgl. oben S.179 ff

21) Vgl. oben S.252 ff

./.

nicht[22] und liegt im Interesse einer internationalen[23] und sogar im dringenden Interesse einer internen Entscheidungsharmonie.[24] Somit ist die Kaufmannseigenschaft der Beteiligten, soweit sie in den Sachnormen des Handelsrechts verwendet wird, im Grundsatz nach dem Recht am Ort der Niederlassung zu beurteilen. Es handelt sich folglich um eine selbständig anzuknüpfende Vorfrage.

---

22) Vgl. oben S.258 ff

23) Vgl. oben S.283 ff

24) Vgl. oben S.286 ff

./.

3. Verbraucherschutzgesetze

Der Begriff Kaufmann wird sowohl in § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz wie auch in § 8 AbzG verwendet. Beide Gesetze werden als Verbraucherschutzgesetze[x)] bezeichnet.

Diese Gesetze haben zwei Zielsetzungen. Die privatrechtliche Komponente dient dem Individualinteresse des geschützten Personenkreises. Diese Zielsetzung kann als Personenschutz bezeichnet werden. Dieser Personenschutz findet auch an anderen Stellen des Zivilrechts, oft in allgemein gefaßter Weise, seinen Ausdruck, wurde aber in den angesprochenen Gesetzen für einen Bereich neu gestaltet, in dem diese Personen besonders gefährdet erschienen.

Die zweite Komponente ist der Verkehrsschutz. Die Vertragsfreiheit als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art.2 I Grundgesetz, führte immer mehr dazu, daß weite Teile der Bevölkerung, die im Rechtsverkehr auf Grund geringer Erfahrung und wegen ihrer Unkenntnis über die Rechtssituation bei bestimmten Vertragsgegenständen als die schwächere Partei erschienen, auch rechtlich benachteiligt wurden. Das zeigte sich z.B. bei der inhaltlichen Entwicklung der Klauselwerke. Früher dienten Allgemeine Geschäftsbedingungen vor allem der Anpassung des Rechts an die typische Vertragssituation. Diese Anpassung in allgemeiner Form erscheint nötig, um ein einzelfallbezogenes umständliches und zeitraubendes Aushandeln überflüssig zu machen.

Zunehmend jedoch wurden Allgemeine Geschäftsbedingungen zum Nachteil des Unterworfenen ausgestaltet. So steht heute rechtspolitisch

---

x) Den Schutz, den der Verbraucher durch Gesetze zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Abzahlungsgeschäfte erfährt, ist nur ein Teilaspekt dessen, was heute unter Verbraucherschutz verstanden wird. Hinzuzuzählen sind Materien, wie Produktenhaftung, Schutz vor unlauterem Wettbewerb, Haustürgeschäfte und Durchsetzbarkeit individueller Verbraucheransprüche. Einen umfassenden Überblick für den Stand der Gesetzgebung im europäischen Raum bietet von Hippel, RabelsZ 45 (1981), S. 353 ff.

die Absicherung eines Mindeststandarts an Vertragsgerechtigkeit im Vordergrund.[1] Diese Komponente liegt im öffentlichen Interesse, weil eine breite Gruppe der Bevölkerung benachteiligt wurde. Zunehmend wuchs durch die häufige Verwendung von Klauselwerken Recht neben dem Leitbild des BGB. Verkehrsschutz wurde zu einer sozialpolitischen Aufgabe.

Kollisionsrechtlich wirkte sich dieses zweite Standbein der Verbraucherschutzgesetze insofern aus, als diese Normen auch anwendbar sein können, sofern ausländisches Recht Vertragsstatut ist.[2] Voraussetzung für diese Sonderanknüpfung zwingenden Schuldrechts ist ein ausreichender Inlandsbezug, wie dies sowohl in § 12 AGB-Gesetz, wie auch in Art.5 des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (1980) zum Ausdruck kommt. Diese Anwendung ist letztlich Ausdruck des Territorialitätsprinzips, allerdings nicht in der strengen Anwendungsweise, wie dieser Grundsatz im öffentlichen Recht zur Geltung kommt.[3]

Diese territoriale Ausgangsbasis reicht aber alleine nicht aus, um Verkehrsschutz im heutigen Sinne zu begreifen, denn geschützt wird z.B. bei deutschem Vertragsstatut auch der ausländische Verbraucher

---

1) Vgl. Jayme, ZHR 142 (1978), 105 (106)

2) Der verkehrsschützende Gehalt, der m.E. ganz allgemein den zwingenden Normen des Schuldrechts zukommt, wurde früher nicht deutlich genug erkannt. Ihre Funktion bestand nach damaliger Ansicht vor allem im Ausgleich der Interessen von Privaten. Man stritt sich darüber, inwieweit es die Parteiautonomie erlaube, zwingendes Recht auszuschließen. Dazu vgl. Lorenz, W., Vertragsschluß und Parteiwille (1957), S.183 mit wNw.

3) Daß selbst im Bereich des öffentlichen Rechts der Grundsatz der Territorialität nicht mehr in dem Sinne verstanden werden kann, daß ausschließlich inländisches Recht maßgeblich ist, unterstreicht die Entscheidung des BayObLG DÖV 79, 62, wonach bei der Beurteilung der verwaltungsrechtlichen Handlungsfähigkeit iSd Art.12 BayVwVfG der Art.7 EGBGB anzuwenden ist.

./.

und ausländisches Schutzrecht wird nach Inkrafttreten des obenerwähnten Übereinkommens gem.Art.5 auch inländisch anzuwenden sein. Die allseitige Anwendung führt zu einem internationalen Verbraucherschutz im Sinne eines Personenschutzes.

Diese zweifache Zielsetzung der Verbraucherschutzgesetze ist sowohl bei der Bestimmung des Verbraucherschutzstatuts, wie auch bei der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft zu beachten.

a) AGB-Gesetz

Wenden wir uns zunächst der Frage zu, wie die Kaufmannseigenschaft in § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz zu bestimmen ist. Dabei ist zunächst zu beachten, daß das AGB-Gesetz nicht nur den Verbraucher, verstanden als Nichtkaufmann oder auch als Kaufmann im privaten Lebensbereich handelnd, schützt, sondern auch den Kaufmann selber, allerdings nur in dem in § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz konkretisierten Umfang. Das AGB-Gesetz hat zwei Regelungsebenen. Uneingeschränkt gilt das Gesetz soweit der Verbraucher zu schützen ist. In diesem Fall hat das Bürgerliche Recht die Leitbildfunktion iSd § 9 II Nr.1 AGB-Gesetz. Die zweite Regelungsebene dient dem Schutz des kaufmännischen Verkehrs. Für diesen gilt das AGB-Gesetz nur eingeschränkt, vgl.§ 24 Satz 1 AGB-Gesetz, und Leitbildfunktion iSd § 9 II Nr.1 AGB-Gesetz kommt dem HGB[4] und insbesondere auch den Handelsbräuchen und Gewohnheiten zu.[5] Somit schöpft die Bezeichnung Verbraucherschutzgesetz den Gehalt des AGB-Gesetzes nicht ganz aus; es handelt sich auch um

---

4) Dazu vgl. oben S.292

5) § 24 Satz 2 2.HS AGB-Gesetz ist m.E. insoweit unanwendbar, als über § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz die §§ 10, 11 AGB-Gesetz auch gegenüber Minderkaufleuten nicht anzuwenden sind; denn auch Minderkaufleuten den Maßstab der Handelsbräuche zuzumuten bedeutete, ihnen mehr aufzuerlegen als selbst das HGB will, §§ 346, 351 HGB.

./.

ein "Kaufmannsschutzgesetz". Diese Trennung in zwei Ebenen ist stets zu beachten und sie hat auch erhebliche Auswirkungen auf das Kollisionsrecht, da § 12 AGB-Gesetz gegenüber (Minder-) Kaufleuten nicht anzuwenden ist, § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz.

(1) Funktion der Kaufmannseigenschaft

Bevor speziell auf die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft eingegangen wird, ist zu konkretisieren, welche Funktion § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz zukommt und welche Aufgabe dabei der Kaufmannseigenschaft zufällt. Schwierigkeiten ergeben sich aus dem Zusammenspiel der §§ 10 Nr.8, 12, 24 Satz 1 und Satz 2 AGB-Gesetz.

(a) Deutsches Recht als Vertragsstatut

Ist deutsches Recht, sei es auf Grund einer Rechtswahl oder auf Grund allgemeiner Grundsätze, Vertragsstatut, so ist deutsches Recht auch Verbraucherschutzstatut, ohne daß es auf § 12 AGB-Gesetz ankäme. Das folgt aus dem Grundsatz, daß es im allgemeinen auch dem Wirkungsstatut überlassen bleibt, inwieweit es den schwächeren Teil schützen will. Dem Begriff Kaufmann iSd § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz obliegt die Aufgabe, die personale Abgrenzung der Verbraucherebene von der kaufmännischen Ebene des AGB-Gesetzes vorzunehmen. Dabei geht es nicht nur darum, den Schutz des inländischen Verbrauchers zu gewährleisten, sondern auch der ausländische Verbraucher ist zu schützen, weil Verbraucherschutz nicht nur dem öffentlichen Interesse an einem Verkehrsschutz dient, sondern auch dem Personenschutz, wie eingangs herausgearbeitet wurde.

(b) Ausländisches Recht als Vertragsstatut

Anders verhält es sich, wenn ausländisches Recht Vertragsstatut ist. In diesem Fall ist eine Sonderanknüpfung zugunsten deutschen

./.

Verbraucherrechts nur bei einem iSd § 12 AGB-Gesetzes ausreichenden Inlandsbezug vorzunehmen. Gegebenenfalls kommt dem inländischen Verbraucher der volle Schutz des AGB-Gesetzes zugute. Er ist insoweit genauso gestellt, als wäre deutsches Recht Vertragsstatut. Daß in diesem Fall deutsches Recht gemäß § 12 AGB-Gesetz nur zu "berücksichtigen" ist, wird sich kaum nachteilig auf den Verbraucher auswirken, um das kollisionsrechtliche Ziel des Schutzes des Schwächeren nicht teilweise zu unterlaufen.

Allerdings ist § 12 AGB-Gesetz nicht anwendbar, wenn die Klauseln gegenüber einem Kaufmann verwendet werden und der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört, § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz. In diesem Fall, und dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift, ist das ganze AGB-Gesetz nicht anwendbar, d.h. auch nicht die kaufmännische Ebene des AGB-Gesetzes.[7] Es ergibt sich folglich ein beachtlicher Unterschied zu der Situation bei deutschem Vertragsstatut, denn während bei deutschem Vertragsstatut in jedem Fall auch dem Kaufmann der Schutz durch die kaufmännische Ebene des AGB-Gesetzes bleibt, wird bei ausländischem Vertragsstatut der kaufmännische Verkehr überhaupt nicht geschützt. Dieser Umstand wird Anlaß zu einer vertieften kollisionsrechtlichen Betrachtung sein.

Die Regelung des § 12 iVm § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz wird in der Begründung zum Regierungsentwurf darauf gestützt, daß die Anwendung des § 12 AGB-Gesetz und damit gegebenenfalls des AGB-Gesetzes selber "für kaufmännische Rechtsgeschäfte, die im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr häufig nach international ein-

---

6) Dazu, wie deutsches Recht iSd § 12 AGB-Gesetz "zu berücksichtigen" ist, vgl. Jayme, Festschrift Schwind (1978), 103 (110).

7) Kötz in: Münchener Kommentar (1978), § 12 AGB-Gesetz, Rdn 8, S.1545; Drobnig, Festschrift Mann (1977), 591 (611); Stoll, Festschrift Beitzke (1979), 759 (783).

./.

heitlichen Standardbedingungen abgewickelt werden, ungeeignet und auch nicht durchsetzbar "erscheint".[8] Diese Begründung vermag die oben dargestellte Unterschiedlichkeit nicht zu rechtfertigen, denn ob etwa deutsches oder französisches Recht Vertragsstatut ist, hat im allgemeinen keinen Einfluß auf die Frage, ob und in welchem Umfang diese Standardbedingungen in den Vertrag einbezogen werden. Die Regierungserklärung spräche eher dafür, Kaufleute, jedenfalls bei Distanzgeschäften, in vollem Umfang vom Schutzbereich des Gesetzes auszunehmen, also auch bei deutschem Vertragsstatut.

Im übrigen kann der in obiger Begründung angedeutete Konflikt überhaupt nicht auftreten, denn die internationalen Standardbedingungen werden stets den Anforderungen des AGB-Gesetzes genügen. Um diese Aussage zu treffen, ist es nicht einmal nötig, auf den Inhalt dieses internationalen Klauselwerkes einzugehen, denn dies ergibt sich schon aus dem AGB-Gesetz selber. Internationale Standardbedingungen werden regelmäßig Handelsbräuche iSd § 346 HGB sein.[9] Ihnen kommt im kaufmännischen Verkehr bei der Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Leitbildfunktion zu, § 24 Satz 2 2.HS AGB-Gesetz. Es ist also rechtstechnisch nicht möglich, daß sich diese internationalen Standardbedingungen selber ad absurdum führen.

Jedoch läßt sich die Nichtanwendbarkeit selbst der kaufmännischen Ebene aus anderen Erwägungen rechtfertigen und insofern kann zurückgegriffen werden auf das, was oben als Zielsetzung des Verbraucherschutzes herausgearbeitet wurde. Die öffentlichrechtliche Komponente des Verkehrsschutzes ist bei Distanzgeschäften weniger berührt, weil der Bezug zum Ausland stärker ist.

---

8) Bundestags-Drucksache 7/3919 (1975), S.44

9) Baumbach-Duden, HGB (1980), Anhang I zu § 382, S.790

./.

Die Intensität dieses Bezugs zum Ausland wird häufig bei der Wahl ausländischen Rechts intensiver sein als bei Anwendbarkeit deutschen Rechts als Vertragsstatut, so daß dieser Umstand es rechtfertigt, den kaufmännischen Verkehr ungeschützt zu lassen. Zudem erscheint die weitere Zielsetzung des Gesetzes, nämlich die des Personenschutzes, im kaufmännischen Verkehr nicht so dringlich, weil der kaufmännische Verkehr genügend Erfahrung und Gewandtheit besitzt, um sich gegen unfaire Bedingungen wehren zu können. Personenschutz ist vor allem für den Verbraucher vonnöten.

In diesem Zusammenhang fällt dem Begriff Kaufmann über § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz die Aufgabe zu, schon die Anwendbarkeit des Gesetzes selber zu bestimmen. Denn ist der Unterworfene Verbraucher, ist der Weg frei, um über § 12 AGB-Gesetz zu deutschem Verbraucherstatut zu gelangen. Dagegen wird ein Kaufmann überhaupt nicht geschützt, d.h. auch nicht durch die kaufmännische Ebene des AGB-Gesetzes. Folglich ist die Kaufmannseigenschaft in diesem Zusammenhang schon kollisionsrechtlich relevant. Der Begriff Kaufmann erscheint als eine Teilfrage in einer Kollisionsregel.

(c) Insbesondere: Ausländisches Recht als Vertragsstatut bei Inlandsgeschäften

Stets wenn ausländisches Recht Vertragsstatut ist, hängt die Anwendung des AGB-Gesetzes von § 12 iVm § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz ab. Nun ist es aber nicht so, daß nur bei Distanzgeschäften ausländisches Recht Vertragsstatut sein kann. Auch im rein inländischen Verkehr kann z.B. auf Grund einer Rechtswahl ausländisches Recht Vertragsstatut sein. Denkbar ist z.B., daß eine ausländische Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens die Anwendung ausländischen Rechts gegenüber einem Inländer durchsetzen kann. Es handelt sich in diesem Fall dennoch um ein vorwiegendes Inlandsgeschäft, weil beide Parteien im Inland ihre Nie-

./.

derlassung haben und die Verpflichtung im Inland zu erfüllen ist. Die Wahl ausländischen Rechts müßte in diesem Fall nicht mißbräuchlich sein, selbst wenn mit der herrschenden Meinung irgendeine räumliche oder personale Verknüpfung zum gewählten Recht gefordert wird.[10] Im obigen Beispiel vermag schon die ausländische Inhaberschaft der Zweigniederlassung zu genügen. Denkbar ist aber auch die Wahl ausländischen Rechts als das sachgerechteste Recht,[11] etwa weil dieses Recht schon bei anderen Vertragsbeziehungen angewendet wurde oder weil das ausländische Recht das Recht des Versicherers ist, der unter diesen Bedingungen eine günstigere Prämie anbietet.

Für die Anwendung des AGB-Gesetzes hat die Möglichkeit der Wahl ausländischen Rechts bei Inlandsgeschäften keine Auswirkung, wenn die Klausel gegenüber einem Verbraucher verwendet wird, denn dann wird stets ein ausreichender Inlandsbezug iSd § 12 AGB-Gesetz vorliegen. Andererseits ist der inländische kaufmännische Verkehr bei der Wahl ausländischen Rechts nicht einmal durch die kaufmännische Ebene des AGB-Gesetzes geschützt.

Dies wiegt umso schwerer, als der kaufmännische Verkehr iSd § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz auch der minderkaufmännische Verkehr ist. Die Begründung des Regierungsentwurfs räumt zwar ein, daß eine Differenzierung der Schutzbedürftigkeit nach den verschiedenen Arten der Kaufmannseigenschaft möglich wäre, dies sei aber im Interesse an einer Rechtssicherheit nicht praktikabel. Im übrigen erlaube die Möglichkeit der flexiblen Anwendung der Inhaltskontrolle, der Minderkaufmannseigenschaft Rechnung zu tra-

---

10) Neuhaus, Grundbegriffe (1976), § 33 IV Nr.1, S.259; Kegel IPR (1977), S.290

11) Gamillscheg, AcP 157 (1958/59), 303 (323 ff, insbes.336)

./.

gen.[12] Diese Begründung vermag jedoch nicht zu überzeugen, soweit § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz kollisionsrechtlich relevant ist, weil unter diesen Umständen das AGB-Gesetz bei ausländischem Vertragsstatut überhaupt nicht anwendbar ist, also eine flexible Anwendung für Minderkaufleute gesetzestechnisch nicht möglich ist.

Es ist also zu fragen, ob der inländische (minder-)kaufmännische Verkehr im Falle der Wahl ausländischen Rechts als Vertragsstatut über den Wortlaut des Gesetzes hinaus, jedenfalls bei Inlandsgeschäften, wenigstens durch die kaufmännische Ebene des AGB-Gesetzes zu schützen ist.

Die Frage ist umso dringlicher, als die Rechtswahl versteckt in einer Klausel getroffen werden könnte. Dies ist nicht unwahrscheinlich, wie sich daraus ergibt, daß das AGB-Gesetz notwendig wurde, weil sich die Tendenz zur Ausnutzung des eben noch Erlaubten zeigte.

Die §§ 3-7 AGB-Gesetz können nicht abhelfen, weil dies zunächst die Anwendbarkeit des Gesetzes überhaupt voraussetzte. Aus dem gleichen Grund vermag § 10 Nr.8 AGB-Gesetz nicht abzuhelfen, und im übrigen ist diese Vorschrift gegenüber Kaufleuten nicht anzu-

---

12) Bundestags-Drucksache 7/3919 (1975), S.43. Schon zu altem Recht, § 138 BGB, hatte der BGH, BGHZ 51 (1969), 55 (60), darauf abgestellt, daß Kleingewerbetreibende (Gastwirte) im allgemeinen nicht den Entschluß aufbringen, ungegliederte Geschäftsbedingungen zu lesen. Großgewerbetreibenden hätte der BGH folglich mehr zugemutet.

./.

wenden.[13] Da es aber auch Ziel des AGB-Gesetzes ist, den kaufmännischen Geschäftsverkehr zu schützen, erscheint es geboten, das Gesetz auch anzuwenden, wenn trotz der Wahl ausländischen Rechts das Vertragsverhältnis vorwiegend inländische Bezüge aufweist.[14] Auch nach der Begründung des Regierungsentwurfs wurde nur an den "grenzüberschreitenden Verkehr"[15] gedacht, als § 12 AGB-Gesetz auf Kaufleute für nicht anwendbar erklärt wurde. Bei

---

13) Aber auch abgesehen von diesen Einwänden ist m.E. § 10 Nr.8 AGB-Gesetz nicht geeignet, die Umgehung der Schutzvorschriften des AGB-Gesetzes zu verhindern. Anderer Ansicht: Jayme, ZHR 142 (1978), 105 (117). Diese Aufgabe fällt § 7 AGB-Gesetz zu. Schon bei der Wahl des Vertragsstatuts auf den Inhalt der Rechtsordnungen zu schauen, liefe auf ein better law approach hinaus, dazu oben S.156, insbes.Fn 7. Statt materielle Interessen einzubeziehen, dürfen m.E. nur internationalprivatrechtliche Interessen geprüft werden. Demnach ist ein "anerkennenswertes Interesse" iSd § 10 Nr.8 AGB-Gesetz m.E. nur ein "anerkennenswertes internationalprivatrechtliches Interesse".

Jayme hat erwogen, bei der Beurteilung dessen, was iSd § 10 Nr.8 AGB-Gesetz als ein "anerkennenswertes Interesse" erscheint, die bisherige Rechtsprechung zum hypothetischen Parteiwillen heranzuziehen, Jayme, aaO, S.117. Das darf m.E. nur sehr vorsichtig geschehen. Die Grundsätze zum hypothetischen Parteiwillen dienen im Fall fehlender Rechtswahl dazu, das für den Vertrag interessengerechteste Recht herauszufinden. § 10 Nr.8 AGB-Gesetz hat aber wohl nicht das Ziel, dieses Optimum festzuschreiben. Der Begriff "anerkennenswertes Interesse" läßt einen gewissen Spielraum zu. Die Parteiautonomie sollte nur teilweise eingeschränkt werden. Demnach können obige Grundsätze bzw. Art.4 des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (1980) nur insoweit berücksichtigt werden, daß jedenfalls dann, wenn die Rechtswahlklausel diesen Grundsätzen entspricht, die Klausel dem Maßstab des § 10 Nr.8 AGB-Gesetz Stand hält.

14) Auch englisches Verbraucherrecht ist bei Distanzgeschäften nur in wenigen Fällen anzuwenden, vgl. s.26 des Unfair Contract Terms Act 1977, in: Law Reports Statutes 1977/II/1257.

15) Bundestags-Drucksache 7/3919 (1975), S.44. Das volle Zitat s.o.S. 320 f

Inlandsgeschäften erscheint der territoriale Bezug so stark, daß auch der kaufmännische Verkehr zu schützen ist. Dies gilt umso mehr, wenn die Wahl gegenüber einem Minderkaufmann durchgesetzt wurde, da insoweit die personale Schutzbedürftigkeit neben den territorialen Bezug tritt. Bei Inlandsgeschäften ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb die Wahl eines ausländischen Rechts dazu führen soll, den kaufmännischen Verkehr vom Schutz auf der kaufmännischen Ebene des AGB-Gesetzes auszunehmen, während dies bei der Wahl deutschen Rechts nicht der Fall sein soll. Gerade bei ausländischem Vertragsstatut scheint der Schutz besonders nötig, ja sogar dringlich, soweit die Rechtswahl über eine Klausel vereinbart wurde.[16)]

(d) Der "AGB-bezogene ordre public", § 24 Satz 2 AGB-Gesetz

Gesetzesimmanente Abhilfe könnte über § 24 Satz 2 AGB-Gesetz möglich sein. Dem Wortlaut nach ist § 9 AGB-Gesetz in der in § 24 Satz 2 AGB-Gesetz beschriebenen Weise selbst dann anzuwenden, wenn bei ausländischem Vertragsstatut gem. § 12 iVm § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz alle übrigen Vorschriften des Gesetzes gegenüber Kaufleuten nicht anwendbar sind. Und dies gilt sowohl bei kaufmännischen Distanzgeschäften, wie auch bei kaufmännischen Inlandsgeschäften. So gesehen entpuppte sich § 24 Satz 2 AGB-Gesetz als ein Satz mit kollisionsrechtlichem Gehalt, der - ähnlich wie § 244 BGB - seine Anwendbarkeit implizit voraussetzt.

16) Bezogen auf die Rechtswahl in einer Klausel ließe sich einwenden, daß eine zusätzliche Schutzmöglichkeit deshalb nicht erforderlich ist, weil anfangs schon zu prüfen war, ob nach allgemeinen Grundsätzen die Wahl ausländischen Rechts mißbräuchlich ist. Doch reicht für das in dieser Beziehung zu stellende Erfordernis irgendeines anerkennenswerten Interesses schon das berechtigte Interesse einer Seite aus und dies wird häufig gegeben sein, vgl. die Beispiele oben S.323. Die Inlandskontrolle des AGB-Gesetzes hat aber die Interessen beider Seiten zu berücksichtigen und zudem müßte das Interesse des Verwenders intensiver sein, als es nach den bisherigen Grundsätzen zum Mißbrauch der Rechtswahlklausel verlangt wird. Abgesehen davon ist bei Inlandsfällen auch für Kaufleute der Schutz nötig, den das AGB-Gesetz durch die §§ 3-7 gewährt.

./.

So verstanden wäre § 24 Satz 2 AGB-Gesetz ein auf Allgemeine Geschäftsbedingungen zugeschnittener ordre public.

Es ist aber fraglich, ob der Gesetzgeber § 24 Satz 2 AGB-Gesetz auf internationale Sachverhalte anwenden wollte.

Anlaß zu Zweifeln gibt zunächst die in der Vorschrift vorgesehene Rechtsfolge. Über § 24 Satz 2 AGB-Gesetz soll sichergestellt werden, daß im Handelsverkehr die in den §§ 10, 11 AGB-Gesetz genannten Klauseln trotz Unanwendbarkeit dieser Paragraphen ebenfalls der Inhaltskontrolle des § 9 AGB-Gesetz unterliegen.[17], [18] Folglich setzt § 24 Satz 2 AGB-Gesetz die Anwendbarkeit der kaufmännischen Norm des AGB-Gesetzes voraus, was aber bei ausländischem Vertragsstatut nicht möglich ist.

Daß an den Fall eines Vertrages mit ausländischem Vertragsstatut nicht gedacht wurde, ergibt sich weiterhin daraus, daß die anderen, noch wichtigeren Vorschriften der §§ 3 - 7 AGB-Gesetz, die [illegible] auch gegenüber Kaufleuten gelten, in § 24 Satz 2 AGB-Gesetz nicht genannt sind. Das wäre aber angemessener und darauf deuten ausländische Lösungen, die die Wirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eher von formalen Voraussetzungen abhängig machen, als von einer Inhaltskontrolle.[19]

---

17) Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs [illegible] S.43, wonach der Satz 2 des § 24 AGB-Gesetz lediglich Klarstellungsfunktion hat.

18) Dazu, daß § 24 Satz 2 [illegible] AGB-Gesetz m.E. gegenüber Minderkaufleuten nicht anzuwenden ist, vgl. oben S.[illegible] Fn 3. Allerdings kann sich bei ausländischem Vertragsstatut die Rechtfertigung dieser Aussage nicht unmittelbar aus den §§ [illegible] des dt.HGB ergeben. Doch auch ausländische Handelsrechte enthalten im Ergebnis die gleiche Regelung für Kleingewerbetreibende. Nach französischem Recht, vgl. Art.1 des Gesetzes vom 13.6.1966, [illegible], gelten Handelsbräuche nur für Kaufleute; eine ausdrückliche Ausnahme für Minderkaufleute erübrigt sich, da das fr.Handelsrecht keinen "petit commerçant" kennt.

19) Vgl. z.B. Art.1341 ff [illegible] 1942, insbes. Art.1341 II, wonach die Wirksamkeit einiger besonders strenger Klauseln einer ausdrücklichen schriftlichen Bestätigung bedarf.

./.

Auch der Wortlaut des § 12 AGB-Gesetz deutet darauf hin, daß im grenzüberschreitenden Verkehr nur der Verbraucher, also der Nichtkaufmann bzw. der Kaufmann im privaten Lebensbereich, geschützt werden sollte, denn § 12 II Nr.2 AGB-Gesetz bezieht sich nur auf den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt, nicht aber auf eine Niederlassung.[20)]

Aus diesen Gründen wurde § 24 Satz 2 AGB-Gesetz, soweit sein Wortlaut die Anwendung der Vorschrift selbst bei sonstiger Nichtanwendbarkeit des ganzen Gesetzes vorsieht, als Redaktionsversehen bezeichnet.[21)]

Ob dem gefolgt werden sollte, ist zweifelhaft. Die wenig durchdachte kollisionsrechtliche Problematik des AGB-Gesetzes führt, wie gesagt, dazu, daß selbst der internationale Handelsverkehr bei deutschem Vertragsstatut sich die durch das AGB-Gesetz bewirkte Kontrolle gefallen lassen muß, während bei ausländischem Vertragsstatut, sei es auch nur auf Grund einer in einer Klausel enthaltenen Wahl, selbst der inländische (minder-)kaufmännische Verkehr keinerlei Schutz erfährt. Auch § 138 BGB kann in dieser Situation nicht helfen, da ja ausländisches Recht Vertragsstatut ist. Art.30 EGBGB wird wenig abhelfen können, weil über diese Vorschriften nur das Anwendungsergebnis korrigiert werden kann, nicht aber z.B. der Umstand, daß eine Klausel allein auf Grund ihrer Mißverständlichkeit nicht anwendbar ist. Im kaufmännischen Verkehr findet zwar ein Verbraucherschutz im engeren Sinne nicht statt, ein Schutz scheint aber dennoch geboten, wie sich daraus ergibt, daß der kaufmännische Verkehr, jedenfalls bei deutschem Vertragsstatut,auch geschützt wird. Da somit bei ausländischem

---

20) Der Begriff Niederlassung wird in § 14 I Satz 1 AGB-Gesetz benutzt.

21) Drobnig, Festschrift Mann (1977), 591 (612)

./.

Vertragsstatut gegenüber (Minder-)Kaufleuten selbst die kaufmännische Ebene des Gesetzes unanwendbar bleibt, sollte man für dieses Redaktionsversehen dankbar sein und § 24 Satz 2 AGB-Gesetz im Handelsverkehr auch bei Distanzgeschäften im Sinne eines "AGB-bezogenen ordre public" verwenden.

Es sind einige Bemerkungen notwendig zu der Frage, in welcher Art und Weise dies zu geschehen hat. § 24 Satz 2 AGB-Gesetz führt nur zur Anwendung des § 9 AGB-Gesetz, also zu einer Inhaltskontrolle. Dies scheint bei sonstiger Nichtanwendbarkeit des Gesetzes nicht auszureichen, so daß auch die §§ 2 - 7 AGB-Gesetz einzubeziehen sind. Es ist besser, wenn eine Klausel schon aus formalen Gesichtspunkten zurückgewiesen werden kann, als erst auf Grund einer Inhaltskontrolle.

§ 24 Satz 2 AGB-Gesetz als spezielle Ausformung eines o.p. zu betrachten, gebietet auch, die Vorschrift in einer Art.30 EGBGB entsprechenden Weise anzuwenden, d.h. maßgeblich ist die Stärke des Inlandsbezugs und der Inhalt der Klausel. Dabei ist aber nicht auf das Gesamtergebnis des Streitfalles abzustellen, sondern auf das Ergebnis, zu dem die strittige Klausel führt.

Auch wenn § 24 Satz 2 AGB-Gesetz sozusagen als AGB-bezogener ordre public gebraucht wird, kann § 24 Satz 2 2.HS AGB-Gesetz nicht gegenüber Minderkaufleuten gelten, da ihnen dann mehr zugemutet würde, als selbst das HGB von ihnen verlangt, §§ 346, 351 HGB.

(e) Zu (b) und (c): Ausländisches Recht als Vertragsstatut

Aber so angewandt, vermag § 24 Satz 2 AGB-Gesetz nur sehr begrenzt zu helfen und es ist zurückzukehren zu der Situation, die danach fragen ließ, ob § 24 Satz 2 AGB-Gesetz in der Lage ist, Ungereimtheiten auszugleichen. Wir hatten festgestellt,

./.

daß nach dem Wortlaut des Gesetzes selbst der kaufmännische Teil des AGB-Gesetzes bei ausländischem Vertragsstatut nicht anwendbar ist und dies sogar im Falle einer Rechtswahlklausel gegenüber einem Minderkaufmann.

Bei Distanzgeschäften wird man dieses Ergebnis wohl hinnehmen müssen, obwohl ein Schutz gemäß den §§ 3 - 7 AGB-Gesetz und § 9 AGB-Gesetz zumindest gegenüber Minderkaufleuten wünschenswert erschiene. Doch dieser Personenkreis wird vom Gesetzgeber im beruflichen Bereich nicht als Verbraucher angesehen und so vermag auch der Gedanke eines grenzüberschreitenden Verbraucherschutzes nichts anderes zu rechtfertigen.

Etwas anderes gilt m.E. zum Teil für Inlandsgeschäfte, wenn etwa eine inländische Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmers gegenüber einem inländischen (Minder-)Kaufmann ausländisches Recht durchsetzen kann. Das Gesetz wollte den gesamten inländischen Verkehr erfassen. Darauf deutet auch das Umgehungsverbot des § 7 AGB-Gesetz. Der Fall, daß ein inländischer Verwender gegenüber einem inländischen Kaufmann ausländisches Recht durchsetzen kann, ist wohl nicht bedacht. Der rein inländische kaufmännische Verkehr wird sich anders als der ausländische Unternehmer auch auf die kaufmännische Ebene des AGB-Gesetzes einzustellen haben, so daß auch insofern kein Grund ersichtlich ist, das AGB-Gesetz bei der Wahl ausländischen Rechts zugunsten des inländischen kaufmännischen Verkehrs nicht anzuwenden. Bei Distanzgeschäften wird der inländische Verkehr zudem durch die Auslandsbelegenheit der Niederlassung und durch die Erkennbarkeit des Einflusses ausländischen Rechts vorgewarnt sein.

Auch wenn sich in vielen Fällen die Anwendung nicht aus § 12 iVm § 24 Satz 1 AGB-Gesetz ergibt, erscheint mir der territoriale Bezug so stark zu sein, daß er neben § 12 iVm § 24 Satz 1

./.

Nr.1 AGB-Gesetz selber ein ausreichender Grund auch für den Schutz der kaufmännischen Seite ist, und bei einer Minderkaufmannseigenschaft tritt daneben noch als Anwendungsgrund der Gedanke des Personenschutzes. Sonst würde sich die Möglichkeit der Wahl eines ausländischen Rechts als Vertragsstatut als eine Einladung zur Umgehung des AGB-Gesetzes erweisen, und diese Gefahr ist umso größer, als diese Wahl selbst in einer Klausel getroffen werden könnte.

Somit gilt bei ausländischem Vertragsstatut neben § 12 iVm § 24 Satz 1 AGB-Gesetz für Kaufleute die kaufmännische Ebene des AGB-Gesetzes auch dann, wenn sich der Vertrag als überwiegendes Inlandsgeschäft darstellt und an die Inlandsbeziehung sind weniger hohe Anforderungen zu stellen, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber einem Minderkaufmann benützt werden. Folglich wird die Kaufmannseigenschaft des Käufers im Rahmen des AGB-Gesetzes in folgender Weise erheblich:

(a) Bei deutschem Vertragsstatut hängt von der Kaufmannseigenschaft der Anwendungsumfang des AGB-Gesetzes ab, § 24 Satz 1 iVm §§ 2, 10, 11 AGB-Gesetz.

(b) Bei ausländischem Vertragsstatut ist die Kaufmannseigenschaft schon kollisionsrechtlich relevant, da von ihr die Anwendung des AGB-Gesetzes als Ganzes abhängt, § 24 Satz 1 Nr.1 iVm § 12 AGB-Gesetz, sofern nicht entsprechend den oben entwickelten Grundsätzen neben § 12 AGB-Gesetz die kaufmännische Ebene des AGB-Gesetzes bei überwiegendem Inlandsbezug anzuwenden ist.

(c) Von der Minderkaufmannseigenschaft hängt die Anwendung des § 24 Satz 2 2.HS AGB-Gesetz ab, und dies gilt sowohl für den Fall, daß § 24 Satz 2 bei Anwendbarkeit des Gesetzes § 9 AGB-Gesetz modifiziert,

./.

als auch für den Fall, daß § 24 Satz 2 AGB-Gesetz bei einer prinzipiellen Unanwendbarkeit des Gesetzes als AGB-bezogener ordre public zu dienen hat.

(2) Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft

Schon die Untersuchung im Abschnitt III hatte zum Ergebnis, daß nur zwei Möglichkeiten der Anknüpfung ernsthaft in Betracht gezogen werden können. Die eine Möglichkeit bestand in einer selbständigen Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft an die Niederlassung, der andere Weg läge in einer unselbständigen Bestimmung der Kaufmannseigenschaft durch das jeweilige Wirkungsstatut. Es war weiter dargestellt worden, daß beide Wege bezüglich des inländischen Verkehrs zum gleichen Ergebnis führen, denn sowohl die Anknüpfung an die Niederlassung bzw. an den Ort der Berufsausübung hat für einen Inländer die Anwendung deutschen Rechts zur Folge, und so auch die unselbständige Anknüpfung, da deutsches Recht im Falle der Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes Wirkungsstatut ist. Relevant wird somit die Anknüpfungsfrage nur im Hinblick auf den ausländischen Käufer.

Es gibt mehrere Aufsätze, die sich mit der kollisionsrechtlichen Problematik des AGB-Gesetzes gerade auch im internationalen Handelsverkehr beschäftigt haben, und dennoch das Problem der Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft nicht gesehen haben.[22] Selbst soweit deutsches Recht für maßgeblich gehalten wird, wäre zumindest zu klären gewesen, wie z.B. im Hinblick auf § 2 HGB das Erfordernis einer Eintragung bei der Beurteilung eines Ausländers

22) Drobnig, Festschrift Mann (1977), 591; Sonnenberger, Festschrift Ferid (1978), 377; Norenberg, NJW 78, 1082; Stoll, Festschrift Beitzke (1978), 759.

zu ersetzen ist. Die beiden Literaturmeinungen, die sich zu der eingangs gestellten Frage geäußert haben, wurden schon vorgestellt.[23] Aber auch insoweit wurde nicht auf den verschiedenen funktionalen Zusammenhang eingegangen, der darin zu sehen ist, daß der Kaufmannsbegriff sowohl kollisionsrechtlich wie auch materiellrechtlich bedeutsam ist. Daß die Minderkaufmannseigenschaft für § 24 Satz 2 AGB-Gesetz erheblich ist, wurde nicht gesehen. Auch wurde nicht auf die Probleme eingegangen, daß die Kaufmannseigenschaft auch für andere Vorschriften, wie etwa das HGB und prozeßrechtliche Vorschriften, bedeutsam ist. Folglich wurden die Gesichtspunkte, die sich aus diesem Zusammenhang ergeben, nicht behandelt.

(a) § 24 Satz 1 Nr.1 iVm §§ 2, 10, 11 AGB-Gesetz

Soweit über den Begriff Kaufmann bei deutschem Vertragsstatut der Anwendungsumfang des AGB-Gesetzes zu bestimmen ist, scheint es nötig zu sein, zunächst das Verhältnis des AGB-Gesetzes zu anderen deutschen Normen zu klären. Das allgemeine und für alle Rechtsgenossen grundsätzlich maßgebliche Zivilrecht ist im BGB geregelt. Der französische Ausdruck "code civil" trifft den Basischarakter deutlicher.[24] Handelsrecht erscheint dagegen als Sonderrecht über dem Niveau des BGB zu stehen, zugeschnitten auf einen besonders erfahrenen, wendigen und entschlußfreudigen Teil der Bevölkerung, dem dieses schwieriger zu handhabende Recht zu-

23) Jayme, ZHR 142 (1978), 105 (117 Fn 57a), vgl.oben S.196 f und S.237; Hübner, NJW 1980, 2601 (2606); Schlechtriem, Festschrift Duden (1977), 571 (580), prüft nur die Frage, wie deutsches Recht auf Ausländer anzuwenden ist, ohne die vorrangige Frage zu klären, ob überhaupt deutsches Recht maßgeblich ist, vgl. oben S.239.

24) Daß auch Handelsrecht Zivilrecht ist, hinderte nicht, das Bürgerliche Recht als Zivilrecht zu bezeichnen.

./.

gemutet werden kann.[25] Dagegen ist das AGB-Gesetz zunächst für den weniger erfahrenen Teil der Bevölkerung konzipiert, aber auch für Kaufleute, soweit besondere Gefahren drohen. Handelsrecht ist, vereinfacht ausgedrückt, das Recht für den Starken, und Schutzrecht dient als Recht für den Schwachen. In beiderlei Beziehungen werden die Gestaltungsmöglichkeiten, die das BGB zuläßt, modifiziert, und in beiden Fällen ist der Begriff Kaufmann die Bezeichnung für den geschäftsstärkeren Vertragspartner.

Die Aufgabe, die die Kaufmannseigenschaft für das HGB erfüllt, entspricht der Funktion des Begriffs im Rahmen der Verbraucherschutzgesetze. In beiden Normenkomplexen werden die strengen Rechtsmaßstäbe nur erfahrenen Teilnehmern am rechtsgeschäftlichen Verkehr zugemutet.

Somit gelten die gleichen Erwägungen, die im Rahmen des HGB für die Anknüpfungsfrage entscheidend waren,[26] auch für die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im AGB-Gesetz, jedenfalls soweit § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz Einfluß auf den Anwendungsumfang des Gesetzes hat. Ob eine Person so berufserfahren ist, daß ihr Handelsrecht und nur der kaufmännische Teil des AGB-Gesetzes zumutbar ist, kann nur nach dem Recht am Ort der beruflichen Niederlassung beurteilt werden, da die dortigen Regelungen entscheiden, ob dem Gewerbetreibenden allgemein strengeres Recht zugemutet wird oder nicht.

Die Notwendigkeit einer einheitlichen Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft sowohl für das HGB wie auch für das AGB-Gesetz wird dadurch unterstrichen, daß der Gesetzgeber in beiden Sonderre-

---

25) Vgl. oben S.312 f

26) Siehe oben S.312 f

./.

gelungen ein und denselben Begriff verwendete. Eine unselbständige Anknüpfung könnte im Falle einer unterschiedlichen Bestimmung der Kaufmannseigenschaft durch die beteiligten Rechtsordnungen dazu führen, daß auf das gleiche Rechtsverhältnis sowohl ausländisches Vertragsrecht wie auch das AGB-Gesetz,und zwar in vollem Umfang,anzuwenden ist.[27] Auf die Unstimmigkeiten, die sich daraus ergeben, wurde hingewiesen.[28] Eine Sonderanknüpfung steht vor allem im Einklang mit den Erfordernissen der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit.[29] Eine Anknüpfung an die Niederlassung diente vor allem dem Parteiinteresse des zu beurteilenden Gewerbetreibenden an der Maßgeblichkeit des heimatlichen Rechts.[30] Die Feststellung ist auch von Gewicht, soweit es um den Schutz des ausländischen Verbrauchers geht. Es mag sein, daß der deutsche Gesetzgeber vor allem den Schutz des deutschen Verbrauchers im Auge hatte; da aber Verbraucherschutz auch Personenschutz ist, wäre es nicht zu vertreten, bei deutschem Vertragsstatut den ausländischen Verbraucher weniger wirksam zu schützen. Diese Tendenz wird unterstrichen durch Art.5 des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (1980), der Verbraucherschutzrecht allseitig sonderanknüpft.

Der Verkehrsschutz wird durch die Maßgeblichkeit des Rechts am Ort der Niederlassung nicht beeinträchtigt.[31] Im Gegensatz dazu

---

27) Vgl. oben S.289 ff
28) Siehe oben S.292 ff
29) Zum Begriff siehe oben S.251 f
30) Siehe oben S.254 ff
31) Siehe oben S.277 ff

./.

führte eine lex causae-Regel für den Ausländer zu so unzumutbaren Beurteilungsproblemen, daß eine "alternative Anknüpfung in favorem consumatoris" nötig erschien.[32] Schließlich kann nur eine Sonderanknüpfung das Ordnungsinteresse an einem internationalen und internen Entscheidungseinklang gewährleisten.[33]

Allerdings ist die Sonderanknüpfung nur durchführbar, wenn das ausländische Recht am Ort der Niederlassung einen dem Wirkungsstatut äquivalenten Begriff des Kaufmanns kennt.[34] In anderen Fällen ist ersatzweise das Wirkungsstatut anzuwenden, d.h. bei deutschem Verbraucherschutzstatut deutsches Recht.[35] Wie in diesem Fall deutsches Recht auf einen Ausländer, also einen Gewerbetreibenden, der im Inland keine Zweigniederlassung besitzt,[36] anzuwenden ist, wurde schon oben dargelegt.[37] Ausländische Gegebenheiten sind als "datum" zu beachten.[38] Bei der Anwendung des § 2 HGB ist nicht erforderlich, daß der Ausländer in einem Handelsregister eingetragen ist.[39]

(b) § 24 Satz 1 Nr.1 iVm § 12

Andere Grundsätze könnten gelten, soweit die Kaufmannseigenschaft auch kollisionsrechtlich von Einfluß ist. Statt über § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz den § 12 AGB-Gesetz für Kaufleute auszuschließen,

---

32) Dazu siehe oben S.272 ff
33) Siehe oben S.283 ff
34) Siehe oben S.205 ff
35) Siehe oben S.228 ff
36) Dazu, daß die Kaufmannseigenschaft auf Grund einer inländischen Zweigniederlassung genügt, siehe oben S.179 ff.
37) Siehe oben S.232 ff
38) Siehe oben S.234 ff
39) Siehe oben S.238 ff

./.

hätte der Gesetzgeber auch dem § 12 einen Absatz 2 hinzufügen können, der die gleiche Regelung enthielte. Dies hätte verdeutlicht, daß die Kaufmannseigenschaft in dieser Beziehung ein Tatbestandsmerkmal im Rahmen einer Kollisionsnorm ist.

Auch eine Teilfrage[40] in einer Kollisionsnorm kann gesondert anzuknüpfen sein, so z.B. die Teilfrage der Gültigkeit einer Ehe im Tatbestand des Art.14 I EGBGB. In diesem Fall wird die Teilfrage "Erstfrage" genannt.[41] Das ist abzugrenzen von einer Vorfrage, denn dabei handelt es sich um eine sonderanzuknüpfende Teilfrage nach vollzogener kollisionsrechtlicher Prüfung, also bei der Anwendung des berufenen Rechts.[42]

Die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft wird dadurch, daß sie kollisionsrechtlich erheblich wird, nicht zu einem Gegenstand der Qualifikation.[43] Die Qualifikation hat die Aufgabe, den materiellen Anwendungsbereich einer Kollisionsnorm zu klären, also ob z.B., wenn nach § 12 AGB-Gesetz deutsches Recht Verbraucherschutzstatut ist, auch Formularverträge in den Bereich des AGB-Gesetzes fallen. Die Kaufmannseigenschaft ist eine zuvor zu lösende Frage. Mir scheint der Begriff Kaufmann, soweit er für § 12 AGB-Gesetz erheblich ist, die gleiche Funktion zu haben wie in anderen Fällen. Auch hier dient er dazu, die AGB-Unterworfenen dem schützenswerten oder dem nicht schützenswerten Teil der Bevölkerung zuzuordnen. Wieder ist die persönliche Erfahrung und die persönliche Zumutbarkeit das entscheidende Kriterium. Deshalb ist auch in diesem Zusammenhang die Erstfrage der Kaufmannseigenschaft an die Niederlassung anzuknüpfen.

---

40) Zum Begriff siehe oben S.127 ff
41) Neuhaus, Grundbegriffe (1976), § 16 IV, S.140
42) Neuhaus, aaO, S.141
43) Dazu schon oben S.124 ff

./.

Die Notwendigkeit einer einheitlichen Anknüpfungsweise wird unterstrichen durch den Umstand, daß der Begriff Kaufmann nur einmal in § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz benannt ist. Dies legt nahe, die Anknüpfung nicht danach zu differenzieren, ob der gleiche Begriff in Beziehung auf die §§ 2, 10, 11 AGB-Gesetz oder auf § 12 AGB-Gesetz von Bedeutung ist.

Für die Art und Weise, wie die Sonderanknüpfung durchzuführen ist, kann auf das soeben Ausgeführte verwiesen werden.[44)]

(c) § 24 Satz 2 AGB-Gesetz

Der § 24 Satz 2 2.HS AGB-Gesetz, der vorsieht, daß bei der Bewertung der einzelnen Klauseln auf im Handel geltende Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist, kann entgegen seinem Wortlaut nicht gegenüber Minderkaufleuten angewendet werden; dies wurde oben schon dargestellt.[45)] Das gilt sowohl für den Fall, daß bei deutschem Vertragsstatut und somit anwendbarem AGB-Gesetz lediglich die in § 24 Satz 1 AGB-Gesetz benannten Vorschriften gegenüber Kaufleuten nicht anwendbar sind, wie auch für den Fall, daß bei ausländischem Vertragsstatut wegen des Ausschlusses des § 12 AGB-Gesetz das gesamte Gesetz gegenüber Kaufleuten unanwendbar bleibt, und § 24 Satz 2 AGB-Gesetz als AGB-bezogener ordre public aushelfen muß.[46)]

Das Problem, das zu lösen ist, ist die Anknüpfung der Minderkaufmannseigenschaft. Diese Frage stellt sich immer erst dann, wenn zuvor die Kaufmannseigenschaft, und bei Maßgeblichkeit deutschen Rechts, eine Kaufmannseigenschaft nach § 1 II HGB bejaht wurde.

---

44) S.o. S.336
45) S.o. S.315 Fn 5 und S.327 Fn 18
46) Dazu vgl. o.S.326 ff

./.

Zwei Situationen sind zu unterscheiden. Hatte die Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft keinen Erfolg, weil das Recht am Ort der Niederlassung keinen Begriff kennt, der äquivalent wäre zu dem Begriff der Rechtsordnung, deren Sachnorm die Vorfrage aufgeworfen hat,[47] war folglich ersatzweise deutsches Recht maßgeblich,[48] dann ist auch die Minderkaufmannseigenschaft des ausländischen Gewerbetreibenden nach dem deutschen § 4 HGB zu bestimmen. Führte dagegen die Sonderanknüpfung zu einer Rechtsordnung, die einen vergleichbaren Kaufmannsbegriff kennt, so ist nach dieser Rechtsordnung auch die Frage der Minderkaufmannseigenschaft zu klären. Da es aber häufiger vorkommen wird, daß die angerufene Rechtsordnung zwar einen Kaufmannsbegriff kennt, aber keinen Minderkaufmann, wie dies z.B. im französischen Recht der Fall ist, so ist diesbezüglich auf die lex causae zurückzugreifen.

Wie dies im einzelnen zu geschehen hat und daß auch insoweit ausländische Gegebenheiten zu berücksichtigen sind, wurde schon oben dargelegt.[49]

b) Abzahlungs-Gesetz

Das Abzahlungs-Gesetz (AbzG) ist wie das AGB-Gesetz den Verbraucherschutzgesetzen zuzurechnen. Es verfolgt, wie oben darge-

---

47) Zur Notwendigkeit einer Äquivalenzprüfung, die sich stets auf die lex causae zu beziehen hat, vgl. oben S.205 ff.

48) Dazu o.S.228 ff

49) Vgl. oben S.234 ff

./.

stellt,[1] die gleichen Ziele, nämlich sowohl den Personenschutz wie den Verkehrsschutz. Dieses Gesetz gewinnt zunehmende Bedeutung durch die steigende Zahl von Leasing-Verträgen. Die Kaufmannseigenschaft ist insoweit angesprochen, als gem.§ 8 AbzG die Schutzregelungen dieses Gesetzes gegenüber Kaufleuten, die in das Handelsregister eingetragen sind,[2] keine Anwendung findet.[3] [4] Das hat neben materiellrechtlichen Auswirkungen auch Einfluß auf die gerichtliche Zuständigkeit, denn § 6a AbzG kennt einen ausschließlichen Gerichtsstand für Abzahlungsgeschäfte.[5]

---

1) S. 316 ff

2) Dazu, wer diesem Personenkreis zuzuordnen ist, vgl. oben S.247 ff

3) Zur Unterschiedlichkeit im Verhältnis zu § 24 S.1 Nr.1 AGB-Gesetz s.o. S.248 Fn 40

4) Das französische Recht zum Schutz des Kreditverkehrs ist insbesondere im Decrét 55-565 vom 20.5.1955, D.1955.L.249 geregelt und verfolgt auch währungspolitische Ziele. Dies berücksichtigend, wird nicht danach unterschieden, ob der Käufer Kaufmann, sonstiger Gewerbetreibender oder Privatmann ist. Dazu Bieberstein, Festschrift Duden (1977), S.307 (314).

5) Im Anwendungsbereich des EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsabkommens, das nicht zwischen Nichtkaufleuten und Kaufleuten unterscheidet, sind vorrangig die Art.13 - 15 maßgeblich. Diese Vorschriften regeln jedoch nur die internationale Zuständigkeit. Bei deutscher internationaler Zuständigkeit bleibt es bei § 6a AbzG für die örtliche Zuständigkeit und insoweit wird wieder die Unterscheidung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten iSd § 8 AbzG relevant. Dazu vgl. Nagel, IZPR (1980), Anm.III, Rdn 72 f, S.80 f.

./.

(1) Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes

Bevor auf die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft eingegangen wird, ist zunächst festzulegen, ob das AbzG selber anzuwenden ist. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn deutsches Recht Vertragsstatut ist. Aus dem öffentlichen Interesse an einem Verkehrsschutz ergibt sich aber auch, daß das AbzG bei ausländischem Vertragsstatut maßgeblich ist, wenn ein ausreichender Inlandsbezug besteht. Das AbzG kennt keine § 12 AGB-Gesetz vergleichbare Regelung. Die noch herrschende Meinung stellt darauf ab, ob die zu schützenden Personen, also der Käufer und/oder der Darlehensnehmer, einen Wohnsitz oder einen ständigen Aufenthalt in Deutschland hat.[6] Man wird m.E. in Anbetracht des AGB-Gesetzes zu einer ausdehnenden Anwendung kommen müssen. Beide Gesetze dienen einer im wesentlichen gleichen Zielsetzung. Deshalb ist es naheliegend, § 12 AGB-Gesetz für das Abzahlungsgesetz entsprechend anzuwenden, so daß z.B. auch eine Werbung im Inland ein ausreichender Inlandsbezug für die Anwendung des AbzG ist. Dies entspricht auch der Wertung des Art.5 des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (1980).[7]

(2) Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft des § 8 AbzG

Ist nach obigen Kriterien das Abzahlungsgesetz anwendbar, ist zu fragen, nach welchem Recht sich die mögliche Kaufmannseigenschaft des Abzahlungskäufers beurteilt. Die Entscheidung zwischen der lex causae-Regel und der Anknüpfung an die Niederlas-

---

6) Westermann, in: Münchner-Kommentar III/1 (1980) vor § 1 AbzG, Rdn 17, S.415; von Hoffmann, RabelsZ 38 (1974), 396 (407 ff).

7) Bei Anwendbarkeit des EKG tritt dieses gem. Art.5 II EKG hinter den Vorschriften des AbzG zurück.

./.

sung wird allerdings nur erheblich, wenn die Kaufmannseigenschaft eines ausländischen Gewerbetreibenden zu beurteilen ist, denn bei inländischer Niederlassung weisen alle Anknüpfungspunkte auf deutsches Recht.

Aber häufig wird auch die Beurteilung des ausländischen Käufers offenbleiben können, da das AbzG ihm gegenüber nicht anwendbar ist. So kann die Wahl deutschen Rechts, über das sich die Anwendbarkeit des Gesetzes ergeben könnte, ihm gegenüber mißbräuchlich sein oder bei ausländischem Recht als Vertragsstatut wird häufig ein ausreichender (Inlands-)Bezug zum deutschen Recht fehlen.

Für die übrigen Vertragssituationen, etwa wenn ein französischer Gewerbetreibender in Deutschland ein Abzahlungsgeschäft tätigt, ist eine Anknüpfungsregel herauszuarbeiten. Auch § 8 AbzG hat die Funktion, die weniger erfahrenen Geschäftspartner von den mehr erfahrenen zu unterscheiden. Damit trifft aber auch das für § 24 Satz 1 Nr.1 AGB-Gesetz Ausgeführte in dieser Beziehung entsprechend zu, nämlich daß auf den Ort der Niederlassung geschaut werden muß um festzustellen, ob die rechtlichen Gegebenheiten an diesem Ort dazu führen, daß die Person dem Handelsrecht untersteht und damit über die entsprechende Erfahrung verfügt, die nach § 8 AbzG unter Benützung des Begriffs Kaufmann vorausgesetzt wird. Es wäre m.E. nach nicht richtig zu fragen, ob die Person nach ihrem Heimatrecht den Schutz der dort geltenden Verbraucherschutzgesetze genießt oder nicht, denn § 8 AbzG knüpft unter Verwendung des Begriffs Kaufmann eine enge Beziehung zwischen dem Handelsrecht und dem Verbraucherrecht, so daß nur der handelsrechtlich Erfahrene für nicht schutzwürdig angesehen wird. Das deutsche Recht kennt keinen gesonderten Verbraucherbegriff.

./.

Das zusätzliche Erfordernis der Eintragung unterstreicht, daß es maßgeblich auf die Erfahrung ankommt, über die der Abzahlungskäufer verfügt, um die personale Anwendbarkeit des Gesetzes zu bestimmen. Das Eintragungserfordernis bewirkt, daß nur der besonders handelsrechtlich Erfahrene, nämlich der Vollkaufmann, von dem personalen Schutzbereich ausgenommen wird. Auch der Kaufmann nach § 1 II HGB, der nicht als Minderkaufmann anzusehen ist, wird, da er nach § 29 HGB eintragungspflichtig ist, regelmäßig als eingetragener Kaufmann iSd § 8 AbzG anzusehen sein.

Es ist somit im Grundsatz von einer Sonderanknüpfung an die Niederlassung auszugehen.

Das besondere Problem, das § 8 AbzG aufwirft, ist das Eintragungserfordernis. Es wird häufig bei Ausländern nicht erfüllt sein, da das dortige Recht keine vergleichbare Einrichtung kennt und die Eintragungsvoraussetzungen und die Wirkungen, die sich an eine solche Eintragung anschließen, von Rechtsordnung zu Rechtsordnung sehr unterschiedlich sind. Dieses Problem war schon im obigen Zusammenhang zu erörtern.[8)] Zusammenfassend wird man auch in dieser Situation fragen müssen, ob die Tätigkeit, wäre sie im Geltungsbereich des HGB ausgeübt worden, eintragungspflichtig wäre. Bei der Beantwortung dieser Frage können Eintragungen in fremde (Unternehmens-)Register als "data" berücksichtigt werden.

---

8) S.o.S.222 und S.247 ff

./.

4. Prozeßrecht

In einem abschließenden Abschnitt ist zu untersuchen, wie die Kaufmannseigenschaft in prozeßrechtlichen Vorschriften anzuknüpfen ist. Gerade in diesem Zusammenhang wurde das Anknüpfungsproblem häufig übersehen[1] oder sogar ausdrücklich als ungelöst bezeichnet.[2]

Bevor auf die Anknüpfungsfrage eingegangen wird, ist zu präzisieren, welche Auswirkungen die Kaufmannseigenschaft auf prozeßrechtliche Vorschriften hat.

a) Auswirkungen der Kaufmannseigenschaft auf das Prozeßrecht

Das deutsche Prozeßrecht verwendet den Begriff Kaufmann im Tatbestand der §§ 29 II, 38 I ZPO, § 95 I Nr.1 GVG. Diese Vorschriften berühren die Zuständigkeit des Gerichts, wie im einzelnen zu konkretisieren sein wird. Die Kaufmannseigenschaft kann aber auch mittelbar über den Begriff Handelsgeschäft, § 343 HGB, für die Formwirksamkeit einer Schiedsgerichtsabrede bedeutsam sein, § 1027 II ZPO. Auch der ausschließliche Gerichtsstand des § 6a AbzG gilt nicht gegenüber "eingetragenen Kaufleuten" iSd § 8 AbzG.

(1) Örtliche und internationale Zuständigkeit bei Vereinbarungen, §§ 29 II, 38 I ZPO

Die §§ 29 II und 38 I ZPO betreffen zunächst die örtliche Zuständigkeit, denn sie erlauben Vollkaufleuten[3] schon vor An-

---

1) Nach Stein-Jonas/Leipold, ZPO II (1977), § 38 Rdn 11, S.8, kann § 38 I ZPO zwar auch für internationale Prorogationen von Vollkaufleuten gelten, aber die Kommentierung geht nicht auf die Frage ein, wie die Kaufmannseigenschaft von Ausländern zu bestimmen ist, vgl.Rdn 4, S.6.

2) Zöllner/Geimer, ZPO (1979), aaO, oben S.6 Fn 6.

3) Zum Begriff vgl. oben S.244

./.

hängigkeit eines Rechtsstreits[4] eine vor Gericht wirksame Vereinbarung über den Gerichtsort oder den Erfüllungsort zu treffen.[5] Darüberhinaus haben diese Vorschriften aber auch noch Bedeutung für die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte, denn in Ermangelung ausdrücklicher Regelungen[6] indiziert die örtliche Zuständigkeit zugleich die internationale Zuständigkeit.[7]

Allerdings wird die Kaufmannseigenschaft der Parteien bei der Beurteilung einer internationalen Prorogationsabrede nur selten entscheidungserheblich sein. Dafür gibt es vor allem zwei Gründe.

(a) Verhältnis des § 38 I ZPO zu Art.17 EuGVÜ[8]

Häufig wird die Anwendbarkeit des § 38 I ZPO durch Art.17 des EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsabkommens (EuGVÜ) ausgeschlossen, der selber nicht zwischen Kaufleuten und sonstigen Personen unterscheidet.[9] Das EuGVÜ geht in seinem Regelungsbereich

---

4) § 38 II Nr.1 ZPO regelt die nachfolgende Prorogationsvereinbarung.

5) Diese Sonderregelung für Kaufleute wurde erst durch die ZPO-Novelle (1974) eingeführt, die die Möglichkeit einer freien Gerichtsstandsvereinbarung für andere Personen erheblich einschränkte.

6) Solche ausdrücklichen Regelungen enthalten z.B. die §§ 23, 23a, 27 II, 606 b ZPO.

7) Ganz h.M.: Stein-Jonas/Schumann, ZPO I (1979), Einleitung XV F, Rdn 755, S.380 mwNw, aaO, Fn 5.

8) Jayme/Hausmann, Nr.61, S.142

9) Auch für zukünftige vertragliche Regelungen des materiellen Rechts oder des Kollisionsrechts ist eine Unterscheidung der Regelungsinhalte nach der Kaufmannseigenschaft der Parteien nicht zu erwarten, weil z.B. einige europäische Rechtsordnungen einen derartigen Begriff nicht kennen. Dagegen zeigt sich die Tendenz, allein auf die Internationalität des Sachverhalts abzustellen, so wie z.B. das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht nur Schuldverhältnisse erfaßt, "die eine Verbindung zu Rechten verschiedener Staaten aufweisen", Art.1 I.

der ZPO als Sonderregelung vor.[10)]

Allerdings ist der Anwendungsbereich des Art.17 EuGVÜ umstritten. Das Übereinkommen gilt zunächst im Verhältnis der Vertragsstaaten zueinander,[11)] so daß in diesem Bereich die Kaufmannseigenschaft der Parteien für eine Prorogationsabrede unerheblich ist. Umstritten aber ist die Frage, inwieweit Art.17 EuGVÜ im Verhältnis zu Drittstaaten den § 38 I ZPO verdrängt.

Dabei ist zu beachten, daß sich der Anwendungsbereich des Übereinkommens im allgemeinen und der des Art.17 EuGVÜ nicht decken. Während im allgemeinen darauf abgestellt wird, ob der Beklagte seinen Wohnsitz im Vertragsbereich hat, Art.3 EuGVÜ, läßt Art. 17 EuGVÜ genügen, daß zumindest eine der Vertragsparteien ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat. Dies beruht auf der Erwägung, daß die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarungen nicht von der zufälligen Parteirolle abhängen soll. Art.17 EuGVÜ enthält somit eine selbständige Regelung des Anwendungsbereichs.[12)]

Dem Wortlaut nach gilt Art.17 EuGVÜ als Verfahrensvorschrift der lex fori für alle Vereinbarungen, die sich auf ein im Vertragsbereich liegendes Gericht beziehen, wenn nur eine Partei im Vertragsbereich ihren Wohnsitz hat. Samtleben[13)] hat aber darauf hingewiesen, daß damit auch rein interne Gerichtsstandsvereinbarungen erfaßt würden, sowie alle Gerichtsstandsvereinbarungen

---

10) Nagel, IZPR (1980), Anm.III, Rdn 52, S.79; Stein-Jonas/Leipold, ZPO I (1979), Einleitung XV G, Rdn 722, S.396.

11) Es sind dies zur Zeit die 6 Alt-EG-Staaten. Dazu vgl. Jayme/Hausmann, aaO (Fn 9), S.142 Fn 2.

12) So schon Bülow, RabelsZ 38 (1974), 262 (267)

13) Samtleben, NJW 74, 1590 (1593)

./.

zu Drittstaaten. Die Anwendung des § 38 ZPO und des hier interessierenden § 38 I ZPO wäre weitgehend ausgeschlossen und auf Fälle beschränkt, in denen Ausländer, die nicht zu den Signatar-Staaten gehören, einen deutschen Gerichtsstand vereinbaren.

Samtleben[14] wendet sich gegen diese weite Ausdehnung und versucht eine einschränkende Auslegung, die an der Zielsetzung des Vertrages orientiert ist, im wesentlichen nur den Verkehr zwischen den Signatar-Staaten zu regeln.

Danach gilt Art.17 EuGVÜ für reine Binnensachverhalte nicht, soweit nicht ausdrücklich eine Ausnahme für Versicherungs- und Abzahlungsgeschäfte, Art.12 Nr.3, Art.15 Nr.3 EuGVÜ zu machen ist.

Im Verhältnis zu Drittstaaten ist Art.17 EuGVÜ unter Zurückgreifen auf die allgemeinen Anwendungsregeln des Abkommens, Art.3, 5, 6 EuGVÜ, die auf den Wohnsitz des Beklagten abstellen, einzuschränken, wobei aber der Gedanke zu beachten ist, daß Art. 17 EuGVÜ die Wirksamkeit nicht von der zufälligen Parteirolle abhängig machen will. Aus dieser Überlegung gewinnt Samtleben[15] die Regel, daß Art.17 EuGVÜ nur anzuwenden ist, wenn eine in einem Vertragsstaat wohnhafte Person mit einer außerhalb der Vertragsstaaten wohnhaften Person einen Gerichtsstand in einem anderen Vertragsstaat vereinbart.

---

14) ders., aaO, S.1593

15) ders., aaO, S.1592

./.

(b) Verhältnis des § 38 I zu § 38 II ZPO

Außerhalb des oben beschriebenen Anwendungsbereichs kommt es auf die Kaufmannseigenschaft nicht an, wenn die von den Parteien getroffene Vereinbarung schon die Anforderungen des § 38 II ZPO erfüllen. Dabei ist zunächst hervorzuheben, daß § 38 II ZPO, der spezielle Fälle mit Auslandsberührung betrifft, den § 38 I ZPO in diesem Bereich nicht verdrängt,[16] denn § 38 II ZPO bedeutet nur eine zusätzliche Prorogationsmöglichkeit für Personen, die nicht schon nach § 38 I ZPO prorogationsbefugt sind.[17]

Im Vergleich zu § 38 I ZPO enthält § 38 II ZPO insoweit eine Erschwerung, als diese Norm Schriftform, d.h. zumindest eine schriftliche Bestätigung erfordert, § 38 II Satz 2 ZPO, und die Wahlmöglichkeit auf den inländischen Gerichtsstand einer der beiden Parteien beschränkt, § 38 II Satz 3 ZPO. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist es bei internationalen Gerichtsstandsvereinbarungen nicht mehr nötig, auf die Kaufmannseigenschaft der Parteien einzugehen.

Die Untersuchung zu Ziff. (a) und (b) läßt sich dahin zusammenfassen, daß die Kaufmannseigenschaft der Parteien für Gerichtsstandsvereinbarungen bei internationalen Geschäften nur dann entscheidungserheblich ist, sofern einerseits Art.17 EuGVÜ mit dem oben beschriebenen Anwendungsbereich nicht vorgeht, und andererseits lediglich eine mündliche Abrede getroffen wurde und/oder ein von § 38 II 3 ZPO abweichender Gerichtsstand in Deutschland bestimmt wurde.

---

16) So die vereinzelt gebliebene Ansicht des AG Berlin-Charlottenburg, NJW 75, 502, wonach § 38 II ZPO diese Geschäfte abschließend regeln wolle.

17) Putzo, Anm. zu AG Berlin-Charlottenburg NJW 75, 502 (503).

./.

(2) Funktionelle Zuständigkeit, § 95 I Nr.1 GVG

Die Kaufmannseigenschaft der Parteien kann dazu führen, daß für Streitigkeiten, die in die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts fallen, nicht die allgemeine Zivilkammer, die mit drei Berufsrichtern besetzt ist, sondern die Kammer für Handelssachen[18] zuständig ist, die neben nur einem Berufsrichter mit zwei sachlich kompetenten Laienrichtern besetzt ist. Auf diese Weise soll der praxisbezogene Sachverstand, der für die Beurteilung von handelsrechtlichen Streitigkeiten in besonderem Maße nötig ist, in die Entscheidung mit einfließen können. Es handelt sich um eine Frage der funktionellen Zuständigkeit.[19]

§ 95 I Nr.1 GVG erfordert die Kaufmannseigenschaft der Parteien in zweifacher Weise. Zum einen muß der Anspruch auf einem Geschäft beruhen, das für beide Teile ein Handelsgeschäft ist.[20] Die personale Komponente des Begriffs Handelsgeschäfts, § 343 HGB, erfordert die Kaufmannseigenschaft der Beteiligten. Insofern ist für die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich.[21] Des weiteren muß sich die Klage gegen einen Kaufmann richten und in diesem Zusammenhang richtet sich die Kaufmannseigenschaft des Beklagten nach

---

18) Auch die französische Gerichtsverfassung hat für handelsrechtliche Streitigkeiten ein besonderes Gericht (tribunal de commerce) vorgesehen, Art. 631 ff c.com. Diese Gerichte gibt es in Frankreich seit 1563. Dazu: Brewer, Geschichte der französischen Gerichtsverfassung vom Ursprung der fränkischen Monarchie bis zu unseren Zeiten, 2.Teil (1837), S.168.

19) Thomas-Putzo, ZPO (1981), vor § 93 GVG, Anm.I, S.1601. Zum Begriff ders., aaO, vor § 1 ZPO, Anm.II, Nr.1, S.19.

20) Zum Begriff des beiderseitigen Handelsgeschäfts s.o.S.110 Fn 1.

21) Einhellige Meinung: Zöllner/Gummer, ZPO (1979), § 95 GVG, Anh.II, Nr.1, S.2005 mwN.

./.

dem Zeitpunkt der Klagerhebung.[22)]

In beiden Beziehungen reicht eine Minderkaufmannseigenschaft aus, da § 95 I Nr.1 GVG keine Ausnahme für Kaufleute iSd § 4 HGB vorsieht, wie dies etwa in den §§ 38 I, 29 II ZPO ausdrücklich geregelt ist. Bei Fällen mit Auslandsberührung reicht somit die Minderkaufmannseigenschaft des ausländischen Gewerbetreibenden für die funktonelle Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen aus. Im Hinblick auf die Minderkaufmannseigenschaft ist die Anknüpfungsfrage besonders wichtig, da gerade im Kleingewerbebereich die Definitionen der Kaufmannseigenschaft in den verschiedenen Rechtsordnungen erheblich voneinander abweichen.[23)]

---

22) Herrschende Meinung: Zöllner/Gummer ZPO (1979), § 95 GVG, Anh.II, Nr. 1, S.2005; aM mit beachtlichen Gründen: Müller, NJW 70, 846, der auf den Zeitpunkt der Anspruchsentstehung abstellt. Müller weist darauf hin, daß der Gesetzgeber keine besonderen Gerichte für einen Stand schaffen wollte, sondern für bestimmte Lebenssachverhalte materiellrechtlicher Art. Diese Beurteilung ist richtig, doch wird dieses Ziel schon über das weitere Erfordernis des § 95 I Nr.1 GVG erreicht, wonach der Anspruch auf einem beiderseitigen Handelsgeschäft beruhen muß. Die Auffassung, nach der für die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft des Beklagten auf den Zeitpunkt der Klagerhebung abzustellen ist, beruht auf dem Gedanken, daß vor diesen speziellen Gerichten nur gegen Personen verhandelt werden soll, die noch zum Zeitpunkt der Klagerhebung die nötige Berufserfahrung mitbringen, was bei einem Kaufmann, der nach Vertragsschluß aus dem Beruf ausgeschieden ist, nicht mehr der Fall sein mag. Folgte man der Auffassung von Müller, wäre das Tatbestandsmerkmal, daß sich die Klage "gegen einen Kaufmann" richten muß, überflüssig, da schon über das Merkmal "für beide Teile ein Handelsgeschäft" die Kaufmannseigenschaft des Beklagten bei Anspruchsentstehung erforderlich ist.

23) Vgl. für das Verhältnis des deutschem zum französischen Recht oben S. 243 f

./.

(3) Formgültigkeit einer Schiedsgerichtsabrede, § 1027 II ZPO

Ohne den Begriff Kaufmann ausdrücklich im Tatbestand zu verwenden, ist diese Eigenschaft aber auch für § 1027 II ZPO relevant. Nach dieser Vorschrift sind selbst formlos getroffene Schiedsgerichtsabreden wirksam und können im Prozeß als Prozeßhindernis eingewendet werden, wenn das Geschäft für beide Seiten ein Handelsgeschäft ist, und dies setzt insbesondere voraus, daß beide Parteien bei Vertragsschluß Kaufleute waren.[24] Anders aber als etwa bei § 95 I Nr.1 GVG gilt § 1027 II ZPO nur für Handelsgeschäfte unter Vollkaufleuten.

b) Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft in prozeßrechtlichen Vorschriften

Die vorangegangene Untersuchung der Anknüpfungsfrage im Hinblick auf das Handelsrecht und die Verbraucherschutzgesetze führte zu dem Ergebnis, daß die Sonderanknüpfung an das Recht am Ort der Niederlassung gegenüber einer unselbständigen Anknüpfung vorzuziehen ist. Soweit aber der Begriff in Normen des Prozeßrechts verwendet wird, könnte eine andere Beurteilung auf Grund eines besonderen rechtlichen Charakters dieser Normen geboten sein.

---

24) Bei internationalen Schiedssprüchen ist das Verhältnis des § 1027 II ZPO vor allem zum UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstrekkung von Schiedssprüchen (1958) in: Jayme/Hausmann Nr.82, und zum Europäischen Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (1961), in Jayme/Hausmann Nr.83, zu beachten. Ausführlich zu diesen Problemen: Schlosser, Das Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit I (1975), insbes. Rdn 344 ff, S.336 ff.

Im Anwendungsbereich des UN-Übereinkommens sind mündliche Abreden ausgeschlossen. Dagegen läßt das Europäische Übereinkommen mündliche, nach § 1027 II ZPO geschlossene Vereinbarungen zu, Art.1 II Ziff.2) des Übereinkommens. So auch: Nagel, IZPR, 1980, Anm.XI., Rdn 44, S.395.

./.

(1) Erstreckung des lex fori-Prinzips

Das lex fori-Prinzip besagt, daß die Gerichte stets das am Gerichtsort geltende Verfahrensrecht anzuwenden haben. Diese Regel kann aber, je nach dogmatischem Hintergrund, ausdehnender und einschränkender angewandt werden.

Wie schon oben aufgezeigt,[25] wurden Ausländer noch bis Mitte des 19.Jahrhunderts nicht einmal vor Gericht zugelassen. Erst später, getragen von dem Gleichheitsgedanken der Französischen Revolution und gefördert von dem Interesse an einem grenzüberschreitenden Handel, gewährte man auch Ausländern Rechtsschutz. Somit hätte es Gelegenheit gegeben, auch im Rahmen des Prozeßrechts auf heimatliche Gegebenheiten Rücksicht zu nehmen. Doch dies geschah zunächst nicht, da es schon als Errungenschaft galt, Ausländer überhaupt und sogar als Kläger vor Gericht zuzulassen.[26] Das Prozeßrecht wurde, besonders im italienischen und französischen Raum, ganz allgemein dem ordre public zugerechnet. Unter diesen Begriff wurden alle Rechtssätze im öffentlichen Interesse zusammengefaßt. Dabei diente die Einstufung als Gesetze des ordre public als Anwendungsgrund für die Maßgeblichkeit des eigenen Rechts, folglich nicht als Grund für den Ausschluß fremden Rechts.[27] Prozeßrecht galt deshalb als eine dem o.p. zugehörige Materie, weil die Gerichte eine beträchtliche Macht ausübten und im Bereich der Machtausübung wurde es als störend empfunden, auch nur teilweise ausländischem Recht Einfluß zuzugestehen. Somit wurden auch sämtliche Teilfragen in prozeßrechtlichen Vorschriften nach eigenem Recht gelöst.[28]

---

25) S.o.S.28

26) Zum Wandel der Anwendungsweise der Art.14 und 15 fr.c.civ. vgl.oben S.28 Fn 2.

27) Zur romanischen Auffassung vom ordre public vgl. o.S.51

28) Dazu s.o. S.29

./.

So finden sich zahlreiche ältere Auffassungen zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft, die im Rahmen des Prozeßrechts die Kaufmannseigenschaft von Ausländern stets nach der lex fori bestimmen wollen, auch wenn diese Autoren in anderen, dem Privatrecht zugeordneten Bereichen für eine Sonderanknüpfung eintreten wollen.[29] Das lex fori-Prinzip führte zu einer abgespaltenen Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im Prozeßrecht. Nach heutiger Auffassung beruht die grundsätzliche Geltung der lex fori auf der Zuordnung des Verfahrensrechts zum öffentlichen Recht, das von den Gerichten des Staates anzuwenden ist, dem sie zugehören. Diese Auffassung erlaubt, das lex fori-Prinzip nicht uneingeschränkt anzuwenden. Abweichungen sind unter verschiedenen Gesichtspunkten angezeigt.

So geht das Prozeßrecht selber in § 55 ZPO davon aus, daß eine Prozeßfähigkeit nach ausländischem Recht für ein Verfahren vor einem deutschen Gericht genügt. Des weiteren wird gelegentlich ausländisches Verfahrensrecht deshalb angewandt, um eine im Inland ergehende Entscheidung für das Ausland anerkennungsfähig zu machen. So hat das Landgericht Hamburg in einer Scheidungssache einen gesonderten Sühneversuch nach italienischem Verfahrensrecht unternommen, damit das deutsche Urteil auch in Italien wirksam werden kann.[30]

Zur Anwendung ausländischen materiellen Rechts im Rahmen des deutschen Prozeßrechts kann es aber insbesondere dann kommen, wenn das Prozeßrecht auf Begriffe des materiellen Rechts Bezug nimmt. So beziehen sich die prozessualen Vorschriften über die

---

29) Vgl. oben S.140 ff und S.147 ff

30) LG Hamburg vom 24.7.1971, FamRZ 46, 40; zustimmend Jayme, NJW 73, 934 (935).

./.

Partei- und Prozeßfähigkeit, §§ 50 I, 51 I, 52 I ZPO, auf die Rechts- und Geschäftsfähigkeit nach Bürgerlichem Recht. Bei Ausländern bedarf insoweit das IZPR der Ergänzung durch das IPR und über Art.7 EGBGB ist das maßgebliche Zivilrecht festzustellen.[31] Weiterhin verweist der Begriff Erfüllungsort in § 29 I ZPO auf materielles Recht, denn das Prozeßrecht enthält keine eigene Regelung zur Ausfüllung dieses Tatbestandsmerkmals. Bei Fällen mit Auslandsberührung ist zunächst das IPR zu befragen, nach welchem materiellen Recht der Begriff Erfüllungsort zu bestimmen ist.[32]

Auch der Begriff Kaufmann ist ein materiellrechtlicher Begriff. Die Bezugnahme auf das Handelsrecht ist besonders deutlich in § 95 I Nr.1 GVG, denn er verlangt, daß der Beklagte "Kaufmann iSd Handelsgesetzbuches" ist. Hinreichend deutlich ist die Bezugnahme auch in den §§ 29 II, 38 I, 1027 II ZPO, die die "in § 4 des

---

31) Stein-Jonas/Leipold, ZPO (1977), § 50 Rdn 35, S.97

32) Stein-Jonas/Schumann, ZPO (1979), § 29 Rdn 43, S.794. AM: Bernstein, Festschrift Ferid (1979), S.75 (93 f), der schwierige kollisionsrechtliche Fragen im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung vermeiden möchte. Diese Meinung übersieht, daß bei einem, vom materiellen Recht der Hauptfrage abweichenden Begriff des Erfüllungsorts nicht ausgeschlossen werden kann, daß das Gericht zwar gem.§ 29 I ZPO zuständig ist, aber zu einer Leistung an einem anderen Erfüllungsort verurteilen muß. Ob das Urteil an diesem Ort anerkannt werden wird, bleibt offen. Im übrigen hat die hier vertretene Lösung, den Erfüllungsort iSd § 29 I ZPO dem jeweiligen materiellen Recht der Hauptfrage zu entnehmen, die günstige Auswirkung, auch die einzig vernünftige Regel zur Anknüpfung des Begriffs Erfüllungsort in Art.5 Nr.1 EuGVÜ zu sein. Würden die Gerichte insofern stets ihren eigenen Begriff verwenden, bestünde die Gefahr, daß das mit dem Übereinkommen erstrebte Ziel, eine einheitliche Bestimmung der Zuständigkeit, teilweise verfehlt würde. Für die Einschaltung des Kollisionsrechts auch OLG Frankfurt RIW/AWD 79, 204.

Handelsgesetzbuches bezeichneten Gewerbetreibenden" von den in diesen Vorschriften vorgesehenen Regelungen ausnehmen. Die Aussage, daß diese Vorschriften auf das materielle Recht, speziell auf das HGB Bezug nehmen, bedeutet jedoch nicht, daß stets das deutsche HGB anzuwenden ist, daß also auch Ausländer nach deutschem HGB zu beurteilen sind. Insofern ist auf die oben dargestellten Gründe zu verweisen.[33)] Die Bezugnahme ist lediglich ein Indiz dafür, daß die Kaufmannseigenschaft in prozeßrechtlichen Vorschriften genauso zu bestimmen sein sollte, wie für das Handelsrecht.

Wichtig ist, und dies ist zunächst festzuhalten, daß der Grundsatz der lex fori im Verfahrensrecht nicht ausschließt, gegebenenfalls ausländisches Recht anzuwenden. Dies ist besonders angezeigt, wenn das Prozeßrecht auf Begriffe des materiellen Rechts verweist.

(2) Anknüpfungsgesichtspunkte

Ob einer Sonderanknüpfung oder einer lex causae-Regel der Vorzug zu geben ist, hängt im wesentlichen von der Funktion ab, die dem Begriff in den Einzelnormen zukommt.

(a) §§ 38 I, 29 II ZPO

Die in diesen Vorschriften getroffene Regelung ist eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot der Vereinbarung eines Gerichtsorts bzw. eines Erfüllungsortes. Der sachliche Grund für diese Ausnahme beruht auf der Anschauung, nach der die Personengruppe der Kaufleute als in aller Regel ausreichend geschäfts-

33) S.113 ff. Diese Tatbestandsmerkmale können nicht als "versteckte Kollisionsregel" bezeichnet werden.

und rechtserfahren eingeschätzt wird, um die Auswirkungen und Gefahren einer solchen Vereinbarung zu erkennen. Kaufleute werden auch wirtschaftlich stark genug sein, eine solche Vereinbarung abzulehnen, und schließlich werden sie, da sie geschäftliche Kontakte mit ausländischen Gewerbetreibenden pflegen, häufig in der Lage sein, ihre Ansprüche auch vor fremden Gerichten sachgerecht zu vertreten.[34)] Die Minderkaufleute sind von dieser Sonderregelung ausgenommen, weil sie nicht über die nötige Erfahrung verfügen. Ihr Geschäftsbetrieb findet in einem kleineren Rahmen statt und wird regelmäßig eher örtlich begrenzt ausgeübt. Dem Begriff Kaufmann kommt die Funktion zu, die geschäftserfahrenen Vertragspartner von den weniger erfahrenen abzusondern. Wenn aber die persönliche Fähigkeit ausschlaggebend ist, muß für diese Beurteilung auf den Ort geschaut werden, an dem üblicherweise die Erfahrung erworben wird. Das ist der Ort, an dem der Beruf ausgeübt wird, also die Niederlassung. Unterliegt der Gewerbetreibende diesem Ort der Niederlassung nach den dort geltenden rechtlichen Regelungen dem Handelsrecht, so wird er auch über die Erfahrung verfügen, die z.B. § 38 I ZPO voraussetzt. Kennt die Rechtsordnung am Ort der Niederlassung des ausländischen Gewerbetreibenden einen Kaufmannsbegriff, so wird er häufig die gleiche Funktion erfüllen wie im deutschen Recht. Es erscheint somit eine Sonderanknüpfung geboten zu sein, um zu sehen, ob die Person im Einzelfall über die entsprechende Erfahrung verfügt. Deshalb ist auch für prozeßrechtliche Vorschriften von dem Prinzip einer Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft an die Niederlassung auszugehen.

---

34) So auch Stein-Jonas/Leipold, ZPO II (1977), § 38 Rdn 4, S.6.

./.

(b) § 1027 II ZPO

Die gleichen Überlegungen treffen für die Möglichkeit einer formlosen Schiedsgerichtsabrede nach § 1027 II ZPO zu. Die Schriftform erfüllt eine Warnfunktion, auf die gegenüber erfahrenen Personen verzichtet werden kann.

Im übrigen unterstreicht § 1027 II ZPO die Notwendigkeit einer einheitlichen Anknüpfung für das Handelsrecht wie im Prozeßrecht, denn in § 1027 II ZPO wird die Kaufmannseigenschaft erst mittelbar über den Begriff Handelsgeschäft relevant. Der deutliche Zusammenhang zwischen Handelsrecht und dieser prozeßrechtlichen Vorschrift wird deutlich. Der Zusammenhang gebietet, die in beiden Normengruppen verwendeten Begriffe in gleicher Weise anzuknüpfen, so auch die Kaufmannseigenschaft.

Eine Schiedsgerichtsabrede wird üblicherweise gleichzeitig mit einem handelsrechtlichen Vertrag geschlossen. Es störte die Rechtssicherheit, wenn trotz dieses Zusammenhanges die Kaufmannseigenschaft einmal dem maßgeblichen materiellen Recht, und zum anderen der lex fori zu entnehmen wäre. Zudem wissen die Parteien bei Abschluß einer Schiedsgerichtsabrede oft nicht, vor welchem Gericht sie gegebenenfalls die Einrede erheben müßten. Deshalb könnte sich z.B. ein französischer Kaufmann kaum darauf einstellen, daß er iSd deutschen Prozeßrechts kein Kaufmann ist und umgekehrt.[35)]

35) Dazu, daß § 1027 II ZPO nicht durch das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (1961) ausgeschlossen ist, vgl. o.S.351 Fn 24

./.

- insbes.: Urteil des Landgerichts Hamburg vom 12.11.1957 -
Soweit ersichtlich, gibt es nur eine einzige veröffentlichte Entscheidung zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im IPR bzw. im IZPR. In dieser Entscheidung hat sich das Gericht in Bezug auf § 1027 II ZPO für eine Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft ausgesprochen. Dem Urteil des Landgerichts Hamburg vom 12.11.1957[36] lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Antragstellerin (ASt), eine Hamburger Getreidefirma, hatte mit der Antragsgegnerin (AGg), einer französischen landwirtschaftlichen Genossenschaft, einen Kaufvertrag über Weisen geschlossen. Der Abschluß des Vertrages erfolgte mit der vertraglichen Klausel: "Schiedsgericht des Vereins der Getreidehändler der Hamburger Börse e.V.". Schriftform wurde nicht gewahrt.

Die ASt erreichte gegen die AGg vor diesem Schiedsgericht einen Titel auf Kaufpreiszahlung und beantragte, diesen Schiedsspruch für vollstreckbar zu erklären. Die AGg, die sich auf das Schiedsverfahren nicht eingelassen hatte, berief sich auf ihre Nichtkaufmannseigenschaft nach französischem Recht.[37] Dagegen verwies die ASt darauf, daß eine Agrargenossenschaft iSd § 1 HGB als Vollkaufmann und gem. § 17 II GenG als Formkaufmann anzusehen sei. Die Vollstreckbarkeitserklärung hing davon ab, ob dem Schiedsspruch ein gültiger Schiedsvertrag zugrunde lag, §§ 1042, 1041 I Ziff.1 ZPO. Das Verfahrensstatut war deutsches Recht, da das gewählte Schiedsgericht seinen Sitz in Hamburg hatte und bei Fehlen einer gesonderten Vereinbarung die Verfahrensvor-

---

36) LG Hamburg IPRspr.1958/59, Nr.22, S.69 = Rev.crit.1958, 101 mit Anm. Mezger, S.104.

37) Eine Agrargenossenschaft ist nach französischem Recht wegen ihres Bezugs zur Landwirtschaft kein Kaufmann, vgl.o.S.222. Auch das Gesetz Nr. 66-537 vom 24.7.1966, mit dessen Art.1 der Typus der Formkaufleute in das französische Recht eingeführt wurde, erfaßt nicht die Genossenschaften, vgl. Art.1 II des Gesetzes.

./.

aussetzungen nach dem Recht des Staates zu beurteilen sind, dem das Schiedsgericht angehört.[38] In Frage stand die Formgültigkeit der Abrede. Da die Schriftform des § 1027 I ZPO nicht eingehalten war, kam es darauf an, ob auch die AGg Vollkaufmann iSd § 1027 II ZPO war.

Das Gericht entschied sich dafür, die AGg nach französischem Recht zu beurteilen. Für die Kaufmannseigenschaft eines Unternehmens sei das Recht seiner gewerblichen Niederlassung maßgeblich. Die AGg wurde gemäß französischem Recht als Nichtkaufmann angesehen.[39] Zur Begründung dieser Auffassung hat das Gericht lediglich auf die Rechtsauskunft des Max-Planck-Instituts vom 4. 6.1957 verwiesen.

Das nicht veröffentlichte Gutachten[40] stellt die Alternativen einer selbständigen und unselbständigen Anknüpfung gegenüber. Zugunsten der unselbständigen Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft wird hervorgehoben, daß sie für die einheitliche Beurteilung des Gesamtkomplexes förderlicher sei und dem Bestreben des Handelsrechts nach Klarheit entgegenkommen. Darin kommt die Besorgnis zum Ausdruck, daß die Anwendung des deutschen Rechts erschwert würde, wenn teilweise Rechtsbegriffe dem ausländischen Recht zu

---

38) Diese Regelung trifft jedenfalls Ziff.2 des Genfer Protokolls über die Schiedsklauseln im Handelsverkehr (1923), Jayme/Hausmann, Nr.80, S.248. Dem folgt Art.5 lit d des UN-Übk. über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (1958), in Jayme/Hausmann, Nr.82, S.255. Nach Art.7 I des Europäischen Übk. über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit (1961), in: Jayme/Hausmann, Nr.83, S.261, haben die Schiedsrichter das nach ihrer Ansicht maßgebliche Kollisionsrecht zu befragen. Zur Problematik vgl.Schlosser, Handelsschiedsgerichtsbarkeit I (1975), Rdn 424 ff, S.419 ff.

39) LG Hamburg aaO (soeben Fn 36), S.70. Zustimmend: Mezger aaO (soeben Fn 36), S.108, der die Anwendung des ausländischen Kaufmannsbegriffs davon abhängig machen will, ob er dem deutschen Begriff vergleichbar ist. Dazu vgl.oben S.205 ff. Auch Schlosser, Handelsschiedsgerichtsbarkeit I (1975) Rdn 355, S.331 und Rdn 363, S.352, tritt in Anlehnung an die Entscheidung des LG Hamburg für eine Sonderanknüpfung ein, ohne dies jedoch weiter zu begründen.

40) Aktenzeichen 56/57

entnehmen wären. Diese Besorgnis kann nicht geteilt werden. Eine lex causae-Regel hätte zur Folge, daß man einen der beiden Gewerbetreibenden nach ihm fremdem Recht zu beurteilen hätte. Es ist jedoch sehr viel einfacher festzustellen, ob eine Person am Ort ihrer Niederlassung als Kaufmann angesehen wird, als sie nach ihr fremdem Recht zu beurteilen. So werden etwa Eintragungserfordernisse nach deutschem Recht bei einem französischen Gewerbetreibenden kaum vorliegen.

Trotz seiner Bedenken hat sich das Institut für die selbständige Anknüpfung an das "Recht am Gewerbesitz der Person" entschieden. Diese Lösung wird als herrschende Meinung bezeichnet. Leider wird die Entscheidung zugunsten der selbständigen Anknüpfung mit keinem Satz begründet. Der Gutachter stellt sich lediglich die Frage, wie das deutsche Recht bestimmen können sollte, ob einer französischen Agrargenossenschaft Kaufmannseigenschaft zukomme. Hinter dieser Frage könnte sich eine Auffassung verstecken, die in dieser Eigenschaft eine persönliche Qualifikation der Person sieht, die entsprechend nur personal angeknüpft werden könne. Es wird nicht auf die Funktion geschaut, die dem Begriff zukommt, nämlich die berufserfahrenen von den berufsunerfahrenen Geschäftspartnern zu unterscheiden. Erst diese Beobachtung vermag die im Ergebnis richtige Entschließung des Instituts zu begründen, denn die berufliche Erfahrenheit kann nur nach der rechtlichen Situation am Ort der Niederlassung beurteilt werden.

Da sich das Gericht im Prinzip für eine selbständige Anknüpfung und damit für französisches Recht entschieden hatte, blieb zu prüfen, ob die AGg aus anderen Gründen iSd § 1027 II ZPO als Kaufmann anzusehen war.

Das Gericht wollte die Grundsätze zur Scheinkaufmannseigenschaft jedenfalls nicht für Verfahrensvoraussetzungen zur Anwendung

./.

kommen lassen.[41] Dies ist insbesondere wichtig, soweit sich Ausländer in Unkenntnis des deutschen Rechts wie Kaufleute verhalten.[42]

Die Anwendung des Art.7 III EGBGB[43] wurde erwogen, kam aber nicht in Betracht, da es sich um ein Distanzgeschäft handelte.

An der Entscheidung des Landgerichts Hamburg und dem vorbereitenden Gutachten fällt auf, daß die richtige Entscheidung wohl nur erahnt wurde, jedenfalls begründet wurde sie nicht. Doch immerhin bleibt festzuhalten, daß sich die - soweit bekannt - einzige Entscheidung, in der sich ein deutsches Gericht zur Anknüpfungsfrage geäußert hat, für eine Sonderanknüpfung ausgesprochen hat und dies sogar im Rahmen des Prozeßrechts.

(c) § 95 I Nr.1 GVG

Mit der Einrichtung der Kammer für Handelssachen wird das Ziel verfolgt, über besondere Streitigkeiten ein besonders fachkundig erscheinendes Gericht entscheiden zu lassen. Vor der Kammer für Handelssachen sollten nur Streitigkeiten entschieden werden, die dam Handelsrecht zuzurechnen sind. Unter welchen Voraussetzungen aber ein Handelsgeschäft vorliegt, kann nur vom materiellen Recht entschieden werden. Wer die Kaufmannseigenschaft, soweit sie in § 95 I Nr.1 GVG verwendet wird, gesondert anknüpft, nimmt in Kauf, daß im Konfliktsfall der unterschiedlichen Beurteilung der

---

1) So auch: Stein-Jonas/Leipold, ZPO (1977), Art.38 Rdn 4, S.7, für Personen, die sich lediglich als Kaufleute gerieren.

2) Vgl. dazu auch schon oben S.246 f

3) Zur Frage der analogen Anwendung des Art.7 III EGBGB hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft vgl.oben S.279.

./.

in Frage kommenden Rechtsordnungen diese Zielsetzung verfehlt wird. Dafür wurden schon oben Beispiele angeführt.[44)]

Die in § 95 I Nr.1 GVG enthaltene Bezugnahme auf das Handelsgesetzbuch bedeutet nicht, daß ausschließlich deutsches Recht für die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft in Frage kommt.[45)] Der Gesetzgeber hat häufig nicht an Fälle mit Auslandsberührung gedacht, wenn er derartige Bezugnahmen in den Tatbestand einer Norm einfügte. Diese Einfügungen haben nur Klarstellungsfunktionen in dem Sinne, daß eine einheitliche Bestimmung der Kaufmannseigenschaft im Zivilrecht wie im Prozeßrecht angestrebt wird. Bei Auslandsfällen kann eine solche einheitliche Anknüpfung, die zu einem internen Entscheidungseinklang führt, nur durch eine Sonderanknüpfung erreicht werden.[46)]

Somit, und dies kann als Ergebnis dieses Abschnitts 4 festgehalten werden, empfiehlt sich eine Sonderanknüpfung der Kaufmannseigenschaft auch für Normen des Prozeß- und Verfahrensrechts. Dies gilt auch, soweit die Kaufmannseigenschaft indirekt über das Merkmal "Handelsgeschäft" in den Tatbestand mit eingefügt ist. Für das Prozeßrecht ergeben sich keine prinzipiellen Anknüpfungsunterschiede gegenüber den übrigen schon untersuchten Normengruppen, denn der Begriff Kaufmann erfüllt an allen Stellen die Funktion, zwischen den rechtsgeschäftlich erfahrenen Teilnehmern am Rechtsverkehr und den weniger erfahrenen zu trennen. Ob aber die entsprechende Erfahrung vorliegt - und das ist der ausschlaggebende Gedanke - beurteilt sich nach den rechtli-

---

44) S.o.S.149 ff und S.289 ff

45) Vgl.oben S.114 ff

46) Dazu s.o.S.286 ff

./.

chen Gegebenheiten am Ort der Niederlassung, denn danach entscheidet sich maßgeblich, ob die Rechtsverhältnisse eines Gewerbetreibenden im allgemeinen dem Sonderrecht unterliegen oder nicht. Eine Sonderanknüpfung dient somit dem Parteiinteresse, sie ist aber auch geboten unter dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes und sie empfiehlt sich aus dem Interesse an einem internen Entscheidungseinklang. Tragende Gründe gegen eine selbständige Anknüpfung sind nicht erkennbar.

4. TEIL

Aus der vorhergehenden Untersuchung ergibt sich folgender, in kürzeste Form gefaßter Vorschlag zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im IPR:

Der Begriff Kaufmann (oder Minderkaufmann) im Tatbestand einer Sachnorm (gleich welcher Normengruppe) stellt kollisionsrechtlich eine Vorfrage dar und ist gesondert anzuknüpfen.

Maßgeblich ist das Recht am Ort der gewerblichen Niederlassung. Ist eine Person Inhaber mehrerer Niederlassungen, entscheidet das Recht am Ort der sachnächsten (Zweig-)Niederlassung.

Kennt die berufene Rechtsordnung den Begriff Kaufmann oder einen ähnlichen Begriff, so ist dieser Begriff anzuwenden, wenn er mit dem vom Recht der Hauptfrage verwendeten Begriff vergleichbar (äquivalent) ist.

Andernfalls ist ersatzweise auf das Recht der Hauptfrage (lex causae) zurückzugreifen, das unter Berücksichtigung fremder Gegebenheiten anzuwenden ist. Dabei ist zu fragen, ob die gleiche Berufstätigkeit, im räumlichen Anwendungsbereich der lex causae ausgeübt, die (entsprechende) Kaufmannseigenschaft zur Folge hätte.

L e b e n s l a u f

Als Sohn des Rechtsanwalts Dr.jur.Günther Hagenguth und seiner Ehefrau Ingrid, geb.Franzen, wurde ich, Rolf Hagenguth, am 20. Dezember 1949 in Köln geboren.

Dort besuchte ich zunächst von 1956 bis 1961 die Volksschule und anschließend das neusprachliche Schiller-Gymnasium. Nachdem ich in den Jahren 1963 bis 1966 Schüler des Internats Marianum in Schleiden/Eifel war, kehrte ich an das Schiller-Gymnasium in Köln zurück, wo ich 1971 das Abitur ablegte.

Zunächst studierte ich Jura an der Universität Köln und wechselte zum Wintersemester 1976/77 an die Universität München. Im Dezember 1977 beendete ich das Studium mit der 1.juristischen Staatsprüfung.

Im März 1978 begann der Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare im Bezirk des Oberlandesgerichts München. Ich hatte Gelegenheit, die Wahlstation bei "UNIDROIT", dem Internationalen Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom, abzuleisten. Im September 1980 bestand ich das 2.juristische Staatsexamen in München.

Seit Beginn des Jahres 1981 arbeite ich als Regierungsrat z.A. bei der Regierung von Oberbayern.